

26 SETTEMBRE 2018

L'efficienza della decisione
amministrativa. Semplificazione e
accelerazione del procedimento nelle
recenti riforme della pubblica
amministrazione

di Donato Vese

Dottore di ricerca in Diritto amministrativo
Scuola Universitaria Superiore IUSS Pavia

L'efficienza della decisione amministrativa. Semplificazione e accelerazione del procedimento nelle recenti riforme della pubblica amministrazione *

di Donato Vese

Dottore di ricerca in Diritto amministrativo
Scuola Universitaria Superiore IUSS Pavia

Sommario: 1. Premessa. 2. Efficienza e decisione amministrativa. 3. Inefficienza come ritardo della decisione amministrativa. 4. Efficienza come certezza e misurabilità del tempo della decisione amministrative efficienti. 5. Efficienza come accelerazione e semplificazione della decisione amministrativa. 6.1. Pianificazioni. 6.2. Concessioni. 6.3. Autorizzazioni. 7. “Non-decisione”, semplificazione ed efficienza. 7.1. Efficienza per segnalazione. 7.2. S.c.i.a. plurima. 7.3. S.c.i.a. unica. 7.4. R.i.a. 7.5. S.c.i.a. pura/non pura. 8. Efficienza per informazione.

1. Premessa

Con il presente scritto s'intende offrire un contributo sulle recenti riforme che hanno interessato la pubblica amministrazione italiana e che hanno modificato alcuni istituti del diritto positivo al fine di rendere più efficiente il procedimento amministrativo.

Come si può evincere anche dal titolo, filo conduttore dell'analisi giuridica sarà la decisione amministrativa¹, la quale, ponendosi ipoteticamente su di un piano privilegiato rispetto agli altri atti che vengono compiuti dall'amministrazione nel procedimento, si presta meglio ad essere osservata per valutare gli esiti cui pervengono le recenti norme di riforma.

Per questa ragione, peraltro, l'analisi sarà riferita ai profili procedurali del diritto amministrativo e non anche ai profili organizzativi, proprio in virtù del fatto che si è scelto di condurre la trattazione attraverso l'argomento della decisione amministrativa.

* Articolo sottoposto a referaggio. Il presente scritto trae spunto dalla relazione presentata all'VIII Convegno di Studi Giuridici organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Urbino “Carlo Bo” il 9-10 febbraio 2017 e dal titolo “*Ἐκλέγειν La dinamica della determinazione oltre i concetti tradizionali di potere e volontà*”.

¹ Sull'argomento della decisione amministrativa, da ultimo, si possono vedere i lavori editi sul n. 1/2017 della Rivista Persona e Amministrazione. Fra gli altri, in particolare, cfr. L.R. PERFETTI, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello stato di diritto*, *ivi*, p. 3 ss.; M. BELLAVISTA, *Determinazione, decisione, procedura*, *ivi*, p. 45 ss.; F. FOLLIERI, *Decisione e potere nell'atto amministrativo vincolato*, *ivi*, p. 111 ss.; M. TRIMARCHI, *Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere*, *ivi*, p. 189 ss.; G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto*, *ivi*, p. 239 ss.; B. GILIBERTI, *L'Ἐκλέγειν nel processo amministrativo tra separazione dei poteri e sovranità dell'individuo*, *ivi*, p. 271; A. COLAVECCHIO, *Tempi della determinazione amministrativa e scelte economiche*, *ivi*, p. 313; R. CALDERAZZI, *La decisione e le scelte economiche oltre i concetti tradizionali di potere e autonomia privata*, *ivi*, p. 331; A. CLINI, *Sovranità della persona nelle determinanti di tutela del risparmio*, *ivi*, p. 349 ss.

Come si può appurare dalla realtà normativa, nelle recenti riforme del procedimento amministrativo² il connubio tra semplificazione³ ed efficienza è divenuto sempre più stringente tanto da far sfumare, senza soluzione di continuità, l'una proposizione nell'altra: per essere efficiente il procedimento amministrativo

² Sull'ultima riforma della pubblica amministrazione italiana varata con la legge 7 agosto 2015, n. 124 si v. M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della 7 agosto 2015 L. n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in www.federalismi.it, n.7/2015, pp. 1-13. L'Autrice mette in luce, non solo sotto l'aspetto giuridico, ma anche sotto l'aspetto economico, le criticità che gli strumenti di liberalizzazione e semplificazione amministrativa hanno assunto nel corso del tempo; criticità che hanno spinto il legislatore del 2015 a mettere in atto una corposa riforma di tali strumenti al fine di renderli maggiormente rispondenti all'attuale contesto socioeconomico. Secondo l'A., infatti, tali «strumenti creati – e declamati – come misure di semplificazione e paraliberalizzazione delle attività economiche finivano così per tradursi in un pesantissimo boomerang per i loro (peraltro generalmente forzati) utilizzatori» (p. 7).

³ Sulla semplificazione amministrativa in dottrina si v. G. CORSO, *Attività economica privata e "deregulation"*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, pp. 629-642; A. TRAVI, *La liberalizzazione*, *ivi*, p. 645 ss.; G. VESPERINI, *La semplificazione dei procedimenti amministrativi*, *ivi*, p. 655 ss.; M. CLARICH, *Modelli di semplificazione nell'esperienza comparata*, *ivi*, p. 679 ss.; S. CASSESE, *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, *ivi*, p. 699 ss.; R. FERRARA, *Le «complicazioni» della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità?*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, p. 323 ss.; ID., *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla «libertà dall'amministrazione» alla libertà dell'amministrazione?*, in *Dir. e soc.*, 2000, p. 101 ss.; V. CERULLI IRELLI - F. LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2000, p. 617 ss.; M. CARTABIA, *Semplificazione amministrativa, riordino normativo e delegificazione nella legge annuale di semplificazione*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 385 ss.; S. AMOROSINO, *Lo stallo della semplificazione amministrativa: fattori critici e ipotesi di rilancio*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2004, p. 1887 ss.; M.A. SANDULLI, *Semplificazione, certezza del diritto e braccia legate*, in *Giust.Amm.*, 5, 2005; R. SCARCIGLIA, *La semplificazione amministrativa in Italia*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, p. 364 ss.; L. VANDELLI, *Tendenze e difficoltà della semplificazione amministrativa*, in *Nuove autonomie*, 2008, p. 417 ss.; F. SALVIA, *La semplificazione amministrativa: tra scorciatoie procedurali e semplicismi mediatici*, *ivi*, p. 447 ss.; P. LAZZARA, *La semplificazione dell'azione amministrativa ed il procedimento tra diritto interno e diritto comunitario*, *ivi*, p. 475 ss.; T. BONETTI, *Semplificazione amministrativa e competitività del sistema paese*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, p. 173 ss.; R. CHIEPPA, *La (possibile) rilevanza costituzionale della semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, p. 257 ss.; G. VESPERINI, *Note a margine di una recente ricerca sulla semplificazione amministrativa*, *ivi*, 2010, p. 203 ss.; M.R. SPASIANO, *La semplificazione amministrativa e la garanzia di effettività dell'esercizio del potere pubblico*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2010, p. 3041 ss.; C. VIDETTA, *Semplificazione amministrativa e interessi sensibili. Una prospettiva di analisi*, in *Dir. econ.*, 2013, p. 557 ss.; G. MARCHIANÒ, *"White list", elenchi di merito e "rating" di legalità: semplificazione amministrativa?*, in *Munus*, 2013, p. 117 ss.; C. PINELLI, *Liberalizzazione delle attività produttive e semplificazione amministrativa. Possibilità e limiti di un approccio giuridico*, in *Dir. amm.*, 2014, p. 355 ss.; S. VERNILE, *L'autorizzazione integrata ambientale tra obiettivi europei e istanze nazionali: tutela dell'ambiente vs. semplificazione amministrativa e sostenibilità socio-economica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, p. 1697 ss.; N. LONGOBARDI, *La legge n. 124 del 2015: i procedimenti amministrativi e il problema della semplificazione*, in *Giust.Amm.it*, 4, 2016; A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, *ivi*, 5, 2016; C. DEODATO, *I limiti della semplificazione amministrativa. Un'idea liberale di revisione delle funzioni pubbliche*, *ivi*, 5, 2017.

va semplificato; al contempo anche la semplificazione dev'essere efficiente per rendere effettivamente meno complesso⁴ il procedimento⁵.

In questa prospettiva il disegno di semplificazione finisce per non concedere né spazio né tempo alle decisioni dell'amministrazione⁶, le quali, invece, come ogni atto di determinazione, richiedono tempi e spazi lunghi al fine di poter considerare opportunamente una specifica realtà, uno specifico interesse. Accade così che nel procedimento amministrativo convivano più fattori. All'esigenza di «provvedere tempestivamente»⁷, posta alla base dei principi di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, si contrappongono le necessità di rendere evidenti le ragioni dell'azione, di consentire agli interessati di fornire il proprio apporto collaborativo e, più in generale, di configurare la decisione amministrativa come il momento riassuntivo di un'istruttoria completa e articolata⁸.

⁴ Per la critica della riduzione della complessità nel procedimento amministrativo mi sono ispirato all'opera di E. MORIN, *Introduzione al pensiero complesso. Gli strumenti per affrontare la sfida della complessità* (1990), tr. it. di M. CORBANI, II ed., Milano, 1993, p. 5 ss. Morin si chiede (p. 10) «[c]he cos'è la complessità? [...] disordine, ambiguità, incertezza [...]. Di qui la necessità di chiarire, distinguere, gerarchizzare. Ma simili operazioni, necessarie ai fini dell'intelligibilità, rischiano di rendere ciechi se eliminano gli altri caratteri [ed elementi] del complexus; ed effettivamente [...] ci hanno resi ciechi.

Nel diritto amministrativo si v. D. D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Torino, 2002; ID., *La breve carriera dell'operazione amministrativa nella dottrina italiana: dall'operazione al procedimento amministrativo*, in *Diritto@Storia*, n. 4/2005, dove è detto che «se l'attività amministrativa è (deve essere), in tesi, una attività razionale, il giurista non può certo arrendersi, dinanzi alla complessità crescente del fenomeno amministrativo, alla pace della rinuncia: non può ritenere *a priori* che l'agire amministrativo, abbandonato il tradizionale modello della razionalità semplice, lineare ed olimpica della Autorità "solitaria" chiamata ad eseguire la legge (concretizzando un singolo potere in un singolo procedimento, nello svolgimento di una funzione che trova trasformazione in un atto), non risponda più ad alcuna razionalità [...]. È probabile, invece, che essa risponda ad una *razionalità complessa*, da studiare in un piano collegato, ma diverso, rispetto a quello in cui riposano i singoli procedimenti amministrativi (corsi aggiunti).

In passato sull'argomento si v. G. MARONGIU, *Il coordinamento come principio politico di organizzazione della complessità sociale*, in G. AMATO - G. MARONGIU (a cura di), *L'amministrazione della società complessa. In ricordo di Vittorio Bachelet*, Bologna, 1982, p. 141 e ss.

⁵ Nella dottrina amministrativistica si v. M. BOMBARDELLI, *Semplificazione normativa e complessità del diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2015, p. 985 ss.

⁶ Per un'impostazione e una ricostruzione, anche in chiave storica, della decisione nell'ambito del diritto amministrativo cfr. M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996.

⁷ Sul punto cfr. A. COLAVECCHIO, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, 2013, p. 9 ss.

⁸ Già in passato si era posta la questione del temperamento fra accelerazione e garanzia. In tal senso si v. M.A. SANDULLI, *Presentazione. Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione: un difficile temperamento fra accelerazione e garanzie*, in ID. (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione. Modelli europei a confronto*, Milano, 2000, p. 1 ss., ma spec. p. 3, dove l'Autrice afferma che la semplificazione non può voler dire «soltanto accelerare» il procedimento amministrativo. Vero è che, sempre secondo l'A., uno dei principali punti critici della semplificazione disegnata dalla fondamentale legge sul procedimento amministrativo del 1990 (e dalle successive riforme) è costituito dalla «rinuncia» ad alcuni fondamentali momenti dell'istruttoria (es. i pareri); sicché «la stessa "sostituzione" di provvedimenti espressi [...] come meri "silenzii significativi", connaturalmente confliggenti con ogni garanzia di istruttoria, di partecipazione o di trasparenza, oltre che con i principi di responsabilità dei pubblici funzionari, così faticosamente introdotti nel capo II della legge» rendono la procedura amministrativa sbilanciata appannaggio solamente dell'accelerazione.

L'amministrazione, entro il contesto procedimentale, viene chiamata a ponderare e valutare, al fine di esternare la volontà finale, che è il frutto di tali valutazioni e di tali ponderazioni, così da permettere una scelta fondata su un ricco quadro di riferimento, magari basata e conclusa con l'accordo⁹ tra le parti¹⁰, amministrazione e cittadino¹¹. D'altra parte, la decisione, riassumendo in un unico atto l'intera vicenda procedimentale¹², rappresenta pur sempre il momento più critico dell'attività amministrativa. Per questa ragione ogni decisione dovrebbe in linea di massima comporre, più che scomporre, ciò che nel procedimento amministrativo si presenta come articolato, come di non facile soluzione, come complesso¹³.

La decisione amministrativa, osservata da questa angolazione, non può essere vista unicamente come un 'risultato' di natura meramente economica che la semplificazione¹⁴ deve realizzare per soddisfare gli scopi efficientistici del mercato. Non è difficile dimostrare che la decisione amministrativa, come ogni decisione, è un procedimento non semplice¹⁵, che richiede tempo e spazio, sicché decidere può voler

⁹ L'agire "per consenso" è argomento di grande interesse per la dottrina amministrativistica. In tal senso si v. R. FERRARA, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, Milano, 1985, p. 19 ss.; G. BARBAGALLO - E. FOLLIERI - G. VETTORI (a cura di), *Gli accordi fra privati e p.a. e la disciplina generale del contratto*, Napoli, 1995, p. 15 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, 1996, p. 1 ss.; F. CANGELLI, *Riflessioni sul potere discrezionale della pubblica amministrazione negli accordi con i privati*, in *Dir. amm.*, 2000, p. 277 ss.; B. CAVALLO, *Accordi e procedimento amministrativo*, in *Procedimento amministrativo e diritto di accesso*, Napoli, 1993, p. 69 ss.; G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001, p. 81 ss.; ID., *La nuova disciplina degli accordi tra amministrazione e privati e le privatizzazioni dell'azione amministrativa*, in *Foro amm. - CdS*, 2007, p. 324 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 224 ss.; G. ALPA, *L'attività negoziale della pubblica amministrazione nella nuova disciplina del procedimento amministrativo*, in P. STANZIONE - A. SATURNO (a cura di), *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 2006, 76 ss.; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2016, p. 248 ss.

¹⁰ Come ha notato efficacemente F. TIGANO, *Gli accordi procedurali*, Torino, 2002, p. 305, l'art. 11 della l. n. 241/1990 ha introdotto nel panorama del diritto amministrativo gli accordi che «si inseriscono [...] nella dialettica tradizionale tra provvedimento e contratto (modelli attraverso i quali si esprime, rispettivamente l'autorità ed il rapporto paritario) sostanzialmente mediando tale divaricazione» (corsivo aggiunto).

¹¹ Imprescindibile è il rimando a G. BERTI, *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. II, Milano, 1988, p. 48 ss.

¹² Sul punto si v. M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 252 ss., ora in ID., *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, 1996, p. 1446, secondo il quale «il valore primario del procedimento – in assoluto e nel rapporto con la tutela giurisdizionale – [...] non si limita a legare gli atti e i fatti [...] verso un risultato finale, ma *cuce* dinamicamente soggetti (in senso ampio) ed interessi, in una trama che è anzitutto organizzativa» (corsivo aggiunto).

¹³ Per una critica alla semplificazione della realtà giuridica si v. P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, p. 43 ss.

¹⁴ Cfr. G. DI GASPARÉ, *Miti e paradossi della riforma amministrativa: tra asimmetria informativa e indirizzo politico amministrativo, verso un modello neocavouriano di amministrazione pubblica?*, in *Dir. pubbl.*, 2001, p. 653 ss.

¹⁵ Come ebbe già a rilevare M. NIGRO, *L'azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali*, in G. AMATO - A.B. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico* Bologna, 1986, ora in ID., *Scritti giuridici*, cit., p. 1621, «[n]ella visione attuale il procedimento non è più forma dell'azione ma "sostanza", organizzazione intima di essa». Nigro osservava come «lo schema procedimentale [dovesse] risponde[re] all'esigenza pluralistica che domina la nostra società, [...] chiama[ndo] a cooperare, all'esercizio del potere, tutti i soggetti privati e pubblici che sono iscritti nel quadro di

significare dare tempo e spazio anche alla complessità¹⁶, facendo entrare nell'atto finale tutte le possibili componenti del procedimento¹⁷, sia che queste siano rappresentate da interessi economici degli attori del mercato, sia che queste siano rappresentate da semplici bisogni delle singole persone o della collettività. In altre parole, la complessità dell'agire amministrativo potrebbe stridere con le prerogative di celerità, di sommarietà e, dunque, di efficienza che la società odierna richiede alle decisioni della pubblica amministrazione, le quali, invece, dovrebbero essere dettagliate, ponderate, giuste¹⁸.

È bene precisare sin d'ora, onde spazzare via ogni dubbio al riguardo, che dal punto di vista metodologico nel corso della trattazione si userà il termine decisione unicamente allo scopo di indicare la manifestazione della volontà finale dell'amministrazione in seno al procedimento¹⁹.

disciplina del potere e quindi coinvolti nell'esercizio di questo». Il procedimento amministrativo per l'A. non appariva più come «la sede [naturale] del confronto tra autorità e libertà, ma [come] una vera e propria tecnica di *distribuzione* [produttivistica] e di *diluizione* [economicistica] del potere» (corsivi aggiunti). Ma come si può recuperare la funzione democratica ed equa del procedimento? Per l'A. ciò era possibile essenzialmente in due modi: «[s]otto il profilo strutturale, sollecitando la partecipazione del privato (o di gruppi privati) all'esercizio delle potestà [...] Sotto il profilo funzionale, procedimentalizzando anche il concetto di interesse pubblico [...] così da trasformare il "dato" statico e astratto fornito dalla legge in "costrutto" concreto dovuto appunto alla sintesi procedimentale».

¹⁶ M. NIGRO, *op. ult. cit.*, p. 702. Nigro osservava come l'interesse pubblico non fosse «più qualcosa di dato, di fissato da somme decisioni [...] avvolte dalla veste solenne della legge», ma fosse frutto di una costruzione «e cioè il risultato puntuale e mutabile di un processo concreto, di grande *complessità* (corsivo aggiunto).

¹⁷ M. NIGRO, *op. loc. cit.*, dove, secondo Nigro, la mediazione tra i vari interessi, che è pregio dell'attività politica, «non si opera più [o non si opera esclusivamente] tra pochi soggetti ed a livello delle decisioni politiche di vertice, ma coinvolge numerosi soggetti e si colloca contemporaneamente ad un livello più basso, cioè al livello dell'attività [e della decisione] amministrativa».

¹⁸ Cfr. F. OST - M. VAN DE KERKOVE, *Pensare la complessità del diritto: per una teoria dialettica*, in *Soc. dir.*, XXIV, n. 1, 1997, p. 5 ss.

¹⁹ In questa sede non si ripercorreranno gli studi che hanno caratterizzato l'argomento della decisione amministrativa. Tuttavia appare opportuno, perlomeno, accennare ai principali autori della dottrina amministrativistica che, nel corso del tempo, si sono occupati del tema. I primi studi sulla decisione amministrativa sono stati svolti da C. VITTA, *Gli atti certificativi e le decisioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1924, IV, p. 97, il quale qualificò le decisioni come atti volti a «riconoscere o dichiarare se [...] un comportamento è conforme alla legge, e talora anche all'opportunità». Successivamente fu M.S. GIANNINI, *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, in *Foro it.*, 1956, IV, p. 560, a qualificare le decisioni amministrative come «manifestazioni di volontà assolutamente pure». L'A., in questo modo – senza assegnare alle decisioni una categoria specifica che le facesse rilevare come autonomo atto – diede grande risalto al momento decisionale del procedimento. Un contributo rilevante fu anche quello di M. NIGRO, *Decisione amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, p. 812, per il quale le decisioni dovevano considerarsi «atti amministrativi di accertamento, formati in modo contenzioso, e cioè mediante un procedimento costruito in modo tale da dar rilievo ad un conflitto di interessi (giuridicizzati o no) o d'opinioni fra gli amministratori, o fra l'autorità ed uno o più amministratori, che tali atti si volgono a risolvere, così accertando l'applicabilità della legge ad un caso concreto e determinando, talvolta, anche le modalità di applicazione della legge stessa». Per Nigro le decisioni rilevavano soprattutto sotto l'aspetto giustiziale, e ciò in quanto l'A. riteneva che «dall'interesse [...] si scorpora, attraverso la struttura contenziosa, e quindi attraverso la considerazione formalmente garantita degli interessi o delle posizioni in conflitto, un diverso specifico interesse dell'amministrazione, l'interesse alla giusta soluzione del conflitto, al quale l'atto-decisione dà [o dà anche] in tutto o in parte soddisfazione». Le decisioni, per Nigro, sono dunque tutti gli atti in cui «l'amministrazione persegue solo un interesse giustiziale».

Per questo motivo, non si farà un uso del termine per alludere ad una particolare categoria di atti dell'amministrazione, né, per ciò solo, si identificherà il termine con la categoria generale dei provvedimenti amministrativi.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, in fondo allo scritto, si proverà ad adoperare – non senza una forzatura semantica – il termine “non-decisione” per denotare tutti quei casi nei quali l'amministrazione, o perché non ne è tenuta o perché non adotta l'atto finale nei termini di legge o regolamento, manifesta la sua volontà finale non emanando alcun provvedimento.

2. Efficienza e decisione amministrativa.

Nel suo *Disegno dell'amministrazione italiana*²⁰ Feliciano Benvenuti, a proposito della natura e dei limiti dell'autarchia, sottolineò come la pubblica amministrazione, secondo la sua stessa ragion d'essere, doveva esercitare principalmente la funzione esecutiva²¹. Ciò, nella mente dell'Autore, significava che, per il raggiungimento dei propri fini, la pubblica amministrazione doveva compiere una continua concretizzazione delle norme giuridiche, costituendo, modificando o estinguendo unilateralmente, mediante l'uso di “poteri d'impero”, posizioni e, quindi, rapporti giuridici degli altri soggetti, onde soddisfare primariamente il proprio interesse.

La concezione odierna dell'amministrazione come autorità di regolazione di beni pubblici, vale a dire come decisore finale di risorse scarse che vanno amministrate e distribuite in base ad una logica costi-benefici, alla stregua di qualunque altra risorsa che possa dirsi limitata, appare lontana dalla visione benvenutiana. Questa concezione nell'ambito del diritto pubblico in generale e del diritto amministrativo in particolare, approfondisce le questioni legate all'efficienza dell'azione amministrativa. L'obiettivo di

Sul punto, anche per un maggiore approfondimento sugli altri autori che si sono occupati della decisione amministrativa, si rinvia a L. LAMBERTI, *Premesse per uno studio in tema di decisioni amministrative*, in *Amministrazione in cammino*, Roma, 2012, spec. pp. 26-33.

²⁰ Così F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996, p. 261.

²¹ In questa prospettiva di notevole spessore risulta l'apporto benvenutiano all'originale creazione di una teoria della funzione amministrativa. Difatti, è difficile mettere in dubbio che la teoria della funzione, ossia la risoluzione in termini giuridici del processo di trasformazione del potere demandato all'amministrazione dall'ordinamento giuridico in una decisione concreta destinata ad imporsi ai destinatari con la particolare efficacia giuridica dell'esecutorietà (così cfr. L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, p. 99 ss., ma sul punto p. 108), si sia posta nel dibattito giuridico italiano come un'assoluta novità. Nell'ambito degli studi italiani di diritto amministrativo coevi a Benvenuti non vi è alcuna riflessione che può esser ritenuta neppure semplicemente preparatoria della costruzione benvenutiana e, al contempo, quest'ultima è apparsa – sin dal lavoro sull'eccesso di potere (F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, p. 1 ss., poi in ID., *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 2006, p. 991 ss.) – come già compiuta e, per certi aspetti, definitiva, tanto che le successive riprese del tema da parte del suo autore non possono che essere considerate un'ordinata e chiara riproposizione della teoria originaria.

ricercare gli strumenti e le metodologie che possono rendere più efficienti i processi decisionali delle amministrazioni assume, in questa prospettiva, un punto di vista privilegiato.

Vero è che la decisione amministrativa è osservata sotto un aspetto prevalentemente funzionale. In particolare, il provvedimento, quale espressione più tangibile del potere amministrativo, viene considerato come fattore che determina la regolazione e l'assegnazione delle risorse scarse (si pensi alla concessione dei beni demaniali) e consumabili (si pensi all'autorizzazione a estrarre materie prime) da parte dell'amministrazione ai privati. Come tali la decisione e i suoi effetti sono analizzati *ex post* al fine di valutare il loro impatto e, quindi, al fine di approntare specifici correttivi e impedirne un cattivo uso o un impiego non ottimale²².

La decisione assume entro questi termini un ruolo meramente funzionale e strumentale: si può dire, non senza una certa enfasi, che essa costituisca essenzialmente un parametro per la valutazione dell'efficienza dell'amministrazione.

In quest'ambito, in altri termini, una decisione ottimale/subottimale può essere indice dell'agire efficiente/inefficiente sia da parte del singolo organo dell'amministrazione, sia, ove valutata globalmente, dell'intero apparato burocratico; sicché si potrebbe supporre che l'*an*, il *quando* e il *quomodo* della scelta amministrativa divengano essenzialmente dei parametri di valutazione e di misurazione dell'attività sotto il profilo dell'efficienza.

²² Il proliferare del metodo matematico nella comprensione della funzionalità economica del procedimento (e del diritto) amministrativo si registra anche in Italia. In tal senso si v. A. PETRETTO, *L'analisi economica del procedimento amministrativo*, in *GiustAmm*, 10, 2015, pp. 1-14, ma in part. 4, secondo il quale il procedimento amministrativo «ha tutte le caratteristiche di un processo produttivo, per fasi verticalmente integrate, che impiega input produttivi e quindi ne sostiene i relativi costi». L'A. fornisce una formalizzazione da cui è possibile definire una funzione di costo relativa ad un ufficio pubblico nei seguenti termini: « $u: C_u = C(y_u, w_u, K_u, q_u, e_u) \quad u = 1, \dots, U$ »; dove y_u è il vettore dei tipi di atti amministrativi prodotti dall'ufficio in questione, w_u il vettore dei costi dei fattori, retribuzione dei dipendenti e costi degli input intermedi (spesa pubblica corrente), K_u è lo stock, dato nel breve periodo, di capitale, di immobili e di macchinari assegnati all'ufficio u (risultato della spesa in conto capitale effettuata in passato). La variabile q_u rappresenta la qualità dei procedimenti, strettamente connessa alla tempestività e all'accuratezza dell'istruttoria, nonché l'estensione e applicazione concreta dell'istituto della partecipazione di garanzia e del diritto di accedere ai documenti amministrativi, che limitano il potere monopolistico di natura informativa detenuto dalla pubblica amministrazione non necessariamente e non sempre benevolente. La variabile e_u rappresenta la produttività del personale dell'ufficio. Sia q_u che e_u sono numeri positivi definiti in un intervallo, da un minimo ad un massimo. In generale, il costo è una funzione crescente di q_u , dato che pratiche tempestive e accurate richiedono l'impiego di risorse, mentre la funzione è costante rispetto agli atti di partecipazione di garanzia, quando è disposto che i relativi costi ricadono direttamente nei portatori di interessi diffusi. La funzione di costo è viceversa decrescente di e_u . Mentre quest'ultima è una variabile puramente organizzativa, la variabile q_u dipende dalla disciplina, in particolare dalle norme volte alla semplificazione del procedimento.

D'altra parte i principali sostenitori²³ di questa visione – soprattutto nella dottrina straniera – sostengono che la sola effettività dell'azione amministrativa non possa essere l'unica componente giuridica deputata ad assicurare il buon andamento dell'amministrazione. Di qui la ricerca di una meta ulteriore: l'efficienza²⁴.

²³ Sul punto si v. M.J. HORN, *The Political Economy of Public Administration*, Cambridge, 1995, p. 1 ss.; R. COOTER - T. ULEN, *Law and Economics*, Reading, MA, Addison Wesley, 2000, p. 5 ss.; L. KAPLOW, S. SHAVELL, *Economic Analysis of Law*, in A.J. AUERBACH, M. FELDSTEIN (eds.), *Handbook of Public Economics*, Amsterdam, 2002, p. 3 ss.; R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, New York, 2007, p. 1 ss.; e più specificatamente, per l'ambito che qui interessa, si v. S. SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard, 2004, p. 15 ss.; S. ROSE ACKERMAN (ed. by), *Economics of Administrative Law*, Cheltenham, 2007, p. 5 ss.; C. VELJANOVSKI, *Economic Principles of Law*, Cambridge, 2007, p. 1 ss.

²⁴ L'efficienza è definita, in una visione aziendalistica, come la misura del raggiungimento del massimo dei prodotti all'utenza (*output*) dato un certo livello di risorse umane, finanziarie e strumentali, cioè il rapporto tra il risultato *R* dell'azione organizzativa e la quantità delle risorse *M* impiegate ($E=R/M$). La dottrina amministrativistica in materia di efficienza amministrativa è ricca di contributi e approfondimenti. In tal senso si v. M. NIGRO, *L'azione dei pubblici poteri*, cit., p. 722; M.V. LUPÒ AVAGLIANO, *Le ragioni dello sviluppo economico e sociale, l'efficienza dell'azione amministrativa e l'ingresso nell'ordinamento della "nuova" cultura delle misurazioni*, in ID. (a cura di), *L'efficienza della pubblica amministrazione. Misure e parametri*, Milano, 2001, pp. 12-13; L. MERCATI, voce *Efficienza della pubblica amministrazione*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 2144; M. AGNOLI, *L'efficienza dell'azione amministrativa*, in *Amm. it.*, 1982, p. 523; E. GIUDICI, *Efficienza ed efficacia*, in L. CASELLI (a cura di), *Le parole dell'impresa*, vol. II, Milano, 1995, p. 620.

In particolare secondo M.V. LUPÒ AVAGLIANO, *Le ragioni dello sviluppo economico sociale, l'efficienza dell'azione amministrativa e l'ingresso nell'ordinamento della "nuova" cultura delle misurazioni*, cit., p. 9 ss., ove, tra gli altri, viene sviluppato il tema delle misurazioni nella pubblica amministrazione. Il tema delle misurazioni, secondo il punto di vista sviluppato lungo il percorso ricostruttivo dell'A., si incentra, in particolare, nella ricerca di adeguati strumenti di verifica e valutazione dell'efficacia, dell'efficienza e dell'economicità dell'azione amministrativa. Partendo dalla constatazione del fatto che la pubblica amministrazione versi in uno «stato di (perenne) inefficienza», l'indagine cerca di definire nuovi parametri di riferimento e strumenti di misurazione adatti a rappresentare in modo efficace la complessa realtà del procedimento amministrativo. Così è per gli strumenti di misurazione della performance dei funzionari pubblici – poi recepiti dalla legislazione con il d.lgs. 150/2009 – che sono concepiti al fine di sostituire il tipico apparato sanzionatorio/repressivo, usato per giudicare l'operato dei dipendenti, con altro apparato che funga da incentivo (*nudge*) e correzione, piuttosto che da coercizione. L'analisi verte poi anche sui cc.dd. «sistemi di controllo direzionali», vale a dire su quei sistemi capaci di monitorare il mutamento delle logiche, delle procedure, dei tempi e delle qualità di funzionamento dell'amministrazione in modo che ne sia garantito il miglioramento e la riqualificazione continua della macchina burocratica. D'altra parte ove l'analisi viene rapportata all'odierno contesto socioeconomico, dove i bisogni della collettività esigono un continuo adattamento dei procedimenti amministrativi, appare determinante l'atteggiarsi delle pubbliche amministrazioni in termini di efficienza, competenza e trasparenza delle procedure; il che equivale a dire che la funzione pubblica da mero sostegno a cittadini e a imprese deve diventare la «chiave di volta» della realizzazione di politiche economiche e sociali al passo con i tempi.

Sempre sull'argomento dell'efficienza cfr. A. MASSERA, *I criteri di economicità, efficacia, ed efficienza*, in *Codice dell'azione amministrativa* (a cura di) M.A. SANDULLI, Milano, 2011, p. 22 ss., ma in part. 34-83. L'A. dedica due paragrafi del suo contributo ai «criteri di efficienza [...] connessi al tempo dell'azione amministrativa» e ai «[c]riteri di efficienza, celerità dell'azione amministrativa e istituti di semplificazione», particolarmente interessanti per l'indagine che qui si sta svolgendo. L'A., richiamando il contributo di F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa tra tempo e spazio*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 36, afferma come nell'odierno contesto socioeconomico, dove vi è una forte presenza delle leggi proprie del mercato, il «“tempo degli atti amministrativi [...] de[bb]a essere un tempo certo, perché il tempo è una componente necessaria del mercato”», ragion per cui, peraltro, si osserva come effettivamente «“nella legge sul procedimento amministrativo il tempo dell'azione è diventato un tempo certo”» (p. 46). Vero è che, in quest'ottica, come vedremo fra poco, ritrova una sua valenza la formula «amministrazione di risultato». Essa esprime, sul piano istituzionale, la soluzione alle domande che provengono dal mondo del mercato. L'A. rileva, inoltre, come il criterio dell'accelerazione procedimentale venga sovente accostato, quasi a formare un'endiadi, con

Vero è che il concetto di efficienza è centrale per il diritto amministrativo²⁵ e lo è in massima parte per ciò che concerne i profili della decisione sottesi alla disciplina del procedimento. A tale proposito è bene anticipare che la nozione di efficienza racchiude al suo interno posizioni alquanto divergenti per metodi e risultati d'indagine, dunque pare opportuno fornire alcuni chiarimenti preliminari.

La dottrina recente, prevalentemente quella giusprivatistica, che ha svolto i maggiori studi su questi argomenti, considera generalmente l'efficienza uno strumento con cui assicurare la «massimizzazione del benessere dei consociati»²⁶ (c.d. efficienza allocativa). Si dice che l'efficienza²⁷, posta in questi termini, si risolva in un criterio di razionalità dell'ordinamento favorevole alle soluzioni capaci di promuovere i risultati desiderati con la maggiore economia di risorse²⁸.

In tale prospettiva nel diritto amministrativo si è associata l'efficienza al concetto di “risultato” e più esattamente di “amministrazione di risultato”²⁹. Va detto che l'originaria formulazione – come si è

l'uno o l'altro dei criteri funzionali di matrice economica (p. 52). Ma è la stretta connessione con il principio del buon andamento che colora di significato l'accelerazione del procedimento amministrativo, assegnando a questo un significato ulteriore. Come si cercherà di dire, la certezza non rappresenta la sola componente in grado di assicurare il buon andamento dell'azione amministrativa occorrendo, nell'odierno contesto di mercato, anche la componente della celerità.

²⁵ In tal senso sia consentito rinviare a D. VESE, *Sull'efficienza amministrativa in senso giuridico*, Padova, 2018, *passim* ma spec. si v. la parte IV, capp. I e II, p. 391 ss.

²⁶ Cfr. F. DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002, pp. 25-28. Anche nel diritto amministrativo classico il termine benessere si ritrova nelle pagine di F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, 1914-1918, ed. rist. (a cura di) G. Miele, Padova, 1960, p. 1. Pagine in cui l'A. intuì prematuramente come per «diritto amministrativo si [dovesse] intendere quel complesso di norme che disciplina i rapporti fra cittadini e Stato [...] per il raggiungimento dei suoi scopi, d'ordine, civiltà o *benessere sociale*» (corsivo aggiunto). Si tratta di una prima, seppur embrionale, qualificazione del termine benessere nella sua accezione di «scelta sociale», così come poi verrà proposto in modo pionieristico da J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, tr. it. a cura di S. VECA, Milano, 2008, p. 256. L'economia del benessere fa spesso suo l'assunto della dottrina filosofica utilitarista secondo cui le politiche statali “giuste” sono quelle mirate a massimizzare l'utilità e il benessere generale dei consociati (e la tesi più radicale in questo senso è quella di L. KAPLOW, S. SHAVELL, *Fairness versus Welfare*, Cambridge, 2002, *passim*). Rawls, assai critico nei confronti di tale posizione, pone l'accento sul fatto che l'utilitarismo considera le persone come meri soggetti, ossia come «contenitori [vuoti] di utilità», perdendo di vista la dignità delle persone, apprezzate nella loro natura di esseri umani *liberi ed eguali* (corsivi aggiunti).

²⁷ In questa costruzione il concetto di efficienza si carica di una valenza ulteriore e propria del contesto economico moderno. Come afferma P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Società, diritto, stato. Un recupero per il diritto*, Milano, 2006, p. 283 (e per gli sviluppi della tesi p. 290), l'efficienza rappresenta qualcosa di più di un modello di validità dell'agire: essa sta a significare che «un fatto è così azzeccato, così congeniale agli interessi degli operatori economici che essi lo ripetono, lo osservano» in modo tale da rendere quel fatto «meritevole di osservanza e, quindi, di vita durevole». Effettività fattuale, dunque non solo temporale, che è in grado di adattarsi meglio alla mutevolezza dello scenario economico odierno, caratterizzato dalla presenza di un sistema di mercato sempre più insoddisfatto a confinazioni spaziali, che in quanto tale si propone come forza «*deteritorializzante*», sicuro di una sua vocazione globale e determinato a realizzarla (corsivo aggiunto).

²⁸ Sul punto cfr. M. CAFAGNO, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, cit., p. 139.

²⁹ Per il concetto di risultato nel diritto amministrativo ed il relativo dibattito si v. L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, p. 299 ss.; ID., *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica Amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, p. 57 ss.; ID., *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in C. PINELLI (a cura di), *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti*,

avanzato in dottrina³⁰ – si deve a Giannini, il quale, nel corso degli anni Sessanta aveva proposto un modello di «amministrazione per risultati» come tipologia di amministrazione alternativa al più noto modello di «amministrazione per atti». La formulazione – inserendosi in una prospettiva di politica del diritto che l'Autore, *de jure condendo*, auspicava si affermasse in sostituzione della tipologia di amministrazione per atti largamente diffusa sino a quel momento – veniva in seguito sapientemente sintetizzata, sviluppandosi peraltro da una sua intuizione sulla c.d. «imputazione di risultati»³¹, in un'immagine generale dell'amministrazione moderna come entità suscettibile di essere valutata, secondo parametri economico-aziendalistici, sotto l'aspetto del “risultato” che essa riusciva a raggiungere³².

Atti del Convegno di Macerata, 21 e 22 maggio 1999, Milano, 2000, p. 37 ss.; R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla libertà dall'amministrazione alla libertà dell'amministrazione?*, in *Dir. soc.*, 2000, p. 101 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula «amministrazione per risultati»*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, vol. II, Napoli, 2001, pp. 815-818.; M. IMMORDINO - A. POLICE, (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2003, p. 5 ss.; G. CORSO, *Amministrazione di risultati* in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, p. 127 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione. Introduzione*, *ivi*, p. 3 ss.; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003, p. 1 ss.; M. IMMORDINO - A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., p. 5 ss.; S. CASSESE, *Che cosa vuol dire «amministrazione di risultati»*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 941; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, p. 556 ss.; L.R. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, 2008, p. 1 ss.

³⁰ Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula «amministrazione per risultati»*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, vol. II, Napoli, 2001, pp. 815-818. Sul punto, però, cfr. S. CASSESE, *Che cosa vuol dire «amministrazione di risultati»?*, cit., p. 941, dove, in merito all'attribuzione della formula «amministrazione per risultati» da parte di Romano Tassone a Giannini, è detto «non tutte vanno intese come formule scientifiche (sintesi di concetti) o pratiche (guida o criteri di azione). Alcune di esse sono formule che possiamo definire ottative o finalistiche: indicano un obiettivo, non possono rappresentare una sintesi, né prescrivere, perché non ne hanno la forza [...]. Sarà bene, dunque, per il futuro, stare attenti alle formule: possono incantare, ma anche portare sulla strada sbagliata».

Secondo l'A., si può pure continuare a parlare di amministrazione di risultato, ma a patto di essere edotti sul fatto che tale formula «è imprecisa e può servire come la teoria del flogisto, inutile per sé, ma efficace per le ricerche che stimolò». In questa direzione, l'unico insegnamento che deriva dalla formulazione sta «[nel]l'esigenza di *misurazione* del fenomeno amministrativo». L'A., nella prospettiva dell'apertura del metodo giuridico agli altri saperi, auspica che si possano «moltiplicare gli sforzi iniziati un quarto di secolo fa per ristabilire i rapporti tra diritto amministrativo e statistica, sviluppare la statistica amministrativa, migliorare l'annuario della pubblica amministrazione» (corsivo aggiunto).

³¹ Cfr. M.S. GIANNINI, *Organi di mera erogazione ed organizzazione impropria (a proposito degli Enti di patronato)*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 1959, p. 3 ss. e in ID., *Studi in onore di Lorenzo Mossa*, vol. III, 1961, p. 393 e infine in ID., *Scritti*, vol. IV, Milano, 2004, p. 705 ss. (da cui si cita), dove si illustra il caso di un ente centrale di patronato (l'I.N.C.A.) che svolge l'intera sua attività avvalendosi di apparati di altri enti. Secondo Giannini sta in ciò, a livello organizzativo, il valore fondamentale dell'imputazione di risultati: vale a dire di consentire ad una piccola organizzazione di esercitare attività rilevanti servendosi di organizzazioni altrui.

³² M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, III ed., vol. I, Milano, 1993, pp. 125-127, dove l'A., a proposito delle «imputazioni giuridiche», introduce la «*imputazione di risultati*», mediante il seguente esempio: «[s]uppongasì un centro di riferimento come un ente di promozione di una zona industriale, cioè un ente che non emette provvedimenti autoritativi, ma solo agisce facendo piani, convincendo imprese ad insediarsi nella zona, coordinando l'azione delle varie autorità competenti. Ciò che si imputa all'ente è il risultato ultimo della sua attività. Similmente un centro di riferimento per la lotta contro l'analfabetismo, nella misura in cui, con opera di organizzazione, di promozione di iniziative e di incoraggiamento di centri già esistenti, riesce ad attuare i propri fini, si imputa i risultati favorevoli o meno» (p. 126).

Dall'impostazione gianniniana, dunque, prendeva avvio un generale ripensamento del tipico modello basato interamente sulla legalità formale, da cui si sviluppava una visione di amministrazione orientata al risultato come modello di «gestione amministrativa»³³, caratterizzata dal fatto di essere relativa ad un periodo di attività sufficientemente esteso e fondamentalmente di tipo economico.

L'emersione dell'amministrazione di risultato come fenomeno che prima fa propri e poi valorizza gli apporti di criteri di matrice economica, particolarmente elevando il canone di efficienza a principio direttivo del procedimento e più in generale dell'azione amministrativa, è nitidamente osservabile nella legislazione sia ordinaria che speciale successiva alla fondamentale legge 7 agosto 1990, n. 241.

Al di là del dibattito sull'amministrazione di risultato (su cui, in questa sede, non ci si può trattenere ulteriormente³⁴), qui preme porre in risalto il fatto che dall'impostazione iniziale si è passati ad un'indagine ben più ampia, la quale, in particolare, ha considerato il concetto di efficienza come elemento dinamico dell'azione amministrativa.

L'idea può essere esposta sinteticamente nel modo che segue: l'efficienza, non dovrebbe più declinarsi con riguardo alla sola realizzazione dell'interesse pubblico, quale esplicazione del canone di buon andamento dell'agire amministrativo³⁵ (art. 97 Cost.) o, a livello comunitario, quale corollario del diritto ad una buona amministrazione³⁶ (art. 41 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), ma dovrebbe

Secondo l'A., benché la dottrina ritenga che l'attività di centri di riferimento con quelli poco prima esemplificati non abbia rilevanza giuridica, è indubbio che se «gli amministratori di questi centri si rivelano incapaci, essi possono essere rimossi». Inoltre, sempre a tal riguardo, «si possono promuovere controlli per acclarare come è stato speso o non speso il pubblico danaro» ovvero «il parlamento o il governo possono intervenire con misure, anche coattive, se si accerta che il risultato non favorevole è dovuto a cause identificabili e rimediabili».

In definitiva, secondo Giannini, l'attività di tali centri non è giuridicamente irrilevante, se dall'osservazione di quest'ultima possono discendere fatti giuridici che rappresentano presupposti di «misure giuridiche definite» (p. 127).

³³ Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula «amministrazione per risultati»*, cit., pp. 817-818. Secondo l'A., a Giannini non interessa definire sul piano della dogmatica giuridica i corollari della c.d. amministrazione per risultati, ma egli intende più che altro denunciare l'insufficienza dell'approccio della c.d. amministrazione per atti, perché quest'ultimo modello non è affatto in grado di offrire garanzie proprio per ciò che inerisce alla bontà dei risultati cui esso perviene.

³⁴ Su cui sia consentito rinviare nuovamente a D. VESE, *L'efficienza amministrativa in senso giuridico*, cit., 457 ss.

³⁵ Già la dottrina classica del diritto amministrativo pose le basi per il riconoscimento del nucleo essenziale dell'efficienza nel precetto del buon andamento introdotto nella Costituzione repubblicana con l'art. 97. Grande merito ebbe Massimo Severo Giannini, il quale, dapprima con le *Lezioni* del 1950, poi soprattutto nelle *Lezioni* del 1961 segnò un primo importante passo verso l'elaborazione del buon andamento come canone dell'efficienza dell'azione amministrativa. In tal senso si v. M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1950, p. 280; ID., *Lezioni di diritto amministrativo (1959-1960)*, Roma, 1961, p. 52, dove è detto che con il buon andamento di cui all'art. 97 Cost. è stato elevato «un principio di scienza dell'amministrazione, quello dell'efficienza, a canone dell'attività di organizzazione giuridicamente rilevante».

³⁶ L'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nel par. 1, sancisce che «Ogni individuo ha diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate [...] entro un termine ragionevole dalle istituzioni e dagli organi dell'Unione». Per ciò che qui interessa, l'art. 41 può essere riferito al fattore temporale allorché si interpreta l'espressione «termine ragionevole» come norma che, in virtù del rinvio operato dall'art. 1, comma 1, l. n. 241/1990

rivolgersi soprattutto all'incentivazione dell'iniziativa dei privati in ambito economico secondo il principio dettato all'art. 41 Cost.

3. Inefficienza come ritardo della decisione amministrativa

Di efficienza delle decisioni come obiettivo da perseguire per l'incentivazione dell'iniziativa economica dei privati, si parla soprattutto in riferimento alle vicende temporali dell'azione amministrativa³⁷ e, in particolare, con riferimento alle innovazioni introdotte dall'ordinamento comunitario le quali, mettendo in risalto l'emersione dei principi di certezza e di affidamento dei cittadini e delle imprese³⁸, propongono soluzioni normative improntate all'efficienza delle decisioni amministrative.

In questa prospettiva, evidentemente, il risvolto negativo della medaglia non può che essere costituito dal ritardo con cui le decisioni vengono prese, costituendo il rallentamento procedimentale una delle patologie più gravi dell'azione amministrativa. L'assunto, poi, suona ancor più forte se si tiene conto dell'odierno contesto socioeconomico, dove il tempo è letteralmente, e non solo metaforicamente, denaro³⁹.

Vero è che il ritardo della pubblica amministrazione, nel decidere in tempo ogni singola vicenda che la stessa deve portare a termine, provoca un livello subottimale di impiego delle risorse pubbliche⁴⁰. Il ritardo nello svolgimento dell'azione amministrativa e il risultato che ne consegue, ossia l'adozione di decisioni intempestive⁴¹, nella visione attenta prevalentemente al risultato economico quale fattore di sviluppo della

ai principi dell'ordinamento comunitario, sia applicabile anche all'amministrazione dell'ordinamento interno. Sul punto si v. L.R. PERFETTI, *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, in *Riv. dir. pubbl. comun.*, 2010, p. 789 ss., ma in part. pp. 805-813. Sull'art. 41 della Carta di Nizza cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in M.P. CHITI - G. GRECO, (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo, Parte generale*, I, Milano, 2007, pp. 540-541; D.U. GALETTA, *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 637 ss.

³⁷ In tal senso si v. G. ALLISON, *Essence of decision*, New York, 1971; D.C. NORTH, *Economic-performance through time*, in *American Economic Review*, 84, 1994, p. 359 ss.; P. PIERSON, *Politics in time*, Princeton, 2004; C.A. DUNLOP, *Policy transfer as learning-capturing variation in what decision-makers learn from epistemic communities*, in *Policy Studies*, 30, 3, p. 291 ss., 2009. ID., *The temporal dimension of knowledge and the limits of policy appraisal: biofuels policy in the UK*, in *Policy Sciences*, 43, 4, 2010, p. 343 ss. L. CRAM, *The importance of the temporal dimension: new modes of governance as a tool of government*, in *Journal of European Public Policy*, 18, 5, 2011, p. 636 ss.; O. MAHMOUD, *The Temporal Dimension of Risk*, in *Journal of Risk*, 19, 3, 2017, p. 57 ss.

³⁸ S. SCHONBERG, *Legitimate Expectation in Administrative Law*, Oxford, 2000; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EC Law*, II ed., Oxford, 2006; P.A.H. TURK, *Judicial Review in the EU Law*, Massachusetts, 2009; P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford, 2006; P. CRAIG - G. DE BURCA, *EU Law, Text, Cases and Materials*, V ed., Oxford, 2011; H. AHMETAJ, *Legal Certainty and Legitimate Expectation in the EU Law*, in *Interdisciplinary Journal of Research and Development*, I, 2, 2014, p. 20 ss.

³⁹ In questi termini v. G. CROSS, *Tempo e denaro. La nascita della cultura del consumo*, Bologna, 1998, *passim*.

⁴⁰ Sul punto cfr. G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo e processo economico*, in *Dir. amm.*, 2014, 695 ss., ma in part. pp. 705-708.

⁴¹ Sul tema cfr. R. CAVALLO PERIN, *Validità del provvedimento amministrativo e dell'atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XV, Torino, 1999, p. 613.

società, frusterebbe insomma l'esigenza di certezza temporale di privati e imprese. Esigenza che, come notato anche dalla dottrina amministrativistica, nell'affermazione del moderno "stato di mercato"⁴² – ossia quale risultato del prevalere nell'interpretazione giuseconomica, della componente efficientistica sulle altre componenti – è da ricondursi al tempo dell'esercizio del potere e, quindi, della decisione amministrativa.

Queste considerazioni inducono peraltro a riflettere anzitutto sul se ed, eventualmente, in quale misura l'amministrazione e le sue decisioni non siano esse stesse componenti del mercato. Ove così fosse, l'amministrazione pubblica, per contribuire allo sviluppo economico⁴³, non solo dovrebbe dimostrarsi efficiente al pari degli altri attori privati che operano sul mercato, ma soprattutto dovrebbe garantire "certezze temporali" attraverso l'adozione di decisioni tempestive e, dunque, efficienti. D'altra parte, in tale prospettiva, è fuor di dubbio che la certezza del tempo della decisione amministrativa sia di notevole importanza per l'esercizio dell'iniziativa economica da parte dei cittadini e delle imprese⁴⁴, rappresentando il presupposto essenziale, oltre che il fattore imprescindibile, per la programmazione e la realizzazione degli investimenti privati.

Va aggiunto, poi, che la garanzia del tempo della decisione è basilare per lo stesso funzionamento della pubblica amministrazione sia nei procedimenti strutturali inerenti a più soggetti (organi o enti), sia nei procedimenti che possono a vario titolo condizionare l'attività dei privati, come avviene per i procedimenti ablatori⁴⁵.

Vero è che l'incertezza sul tempo entro cui deve essere emanata la decisione amministrativa costituisce altresì un fattore di rischio che, ove non adeguatamente prevenuto, potrebbe condurre all'inefficienza del sistema economico di riferimento, con conseguente perdita di risorse monetarie per coloro i quali –

⁴² In argomento cfr. F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa tra tempo e spazio*, cit., p. 527 e p. 532 e in ID., *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, p. 39 ss., il quale afferma che lo «Stato del mercato» ha sostituito lo «Stato totalizzante» – aggettivo che l'A. adopera *ad hoc* al posto di totalitario per indicare lo stato del benessere in cui ogni singolo bisogno dell'individuo era previsto dai pubblici poteri – contraddistinto quest'ultimo dalla massiccia presenza di programmazioni generali e settoriali. Significativo è l'elemento che caratterizza lo stato di mercato, che secondo Merusi va ravvisato proprio nel fattore tempo.

⁴³ Si può osservare, tuttavia, come nella legislazione vigente, (si pensi, ad esempio, al diffuso fenomeno della conversione di concessioni e licenze in autorizzazioni vincolate nei presupposti a normativa invariata), non vi sia stata una piena conformazione delle normative alla logica del mercato. A ben vedere, poi, la dilatazione dello Stato del mercato è fenomeno rinvenibile in ordinamenti costituzionali più aperti alle libertà economiche di quello italiano. In tal senso per la prospettiva "espansiva" europea del diritto di libertà economica si v. A. WEBER, *Il futuro della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2002, p. 31 ss.; A. CARULLO, *L'azione amministrativa mediante il mercato*, in *Studi di F. Benvenuti*, vol. I, Modena, 1996, p. 406.

⁴⁴ In particolare cfr. F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa tra tempo e spazio*, cit., 535, secondo il quale «[l]o Stato del mercato non è più lo Stato dell'esercizio del potere, ma lo Stato dei diritti fondamentali, *in primis* del diritto di libertà economica nelle sue più disparate manifestazioni, tutte quelle che il mercato può suggerire».

⁴⁵ F. MERUSI, *op. ult. cit.*, p. 529 e p. 532.

cittadini e imprese – entrano, o intendono entrare, in relazione con la sfera pubblica. Non solo, ma quando ad essere in gioco è la certezza dell’agire amministrativo, a venir frustrata è la stessa convenienza economica dei cittadini e delle imprese a intraprendere l’attività. Iniziativa economica privata che nel breve periodo verrà subordinata soprattutto alla fattibilità dell’attività programmata e solo nel medio e lungo periodo anche alla sua remuneratività. In realtà, portando alle estreme conseguenze il ragionamento che si sta seguendo, si può ritenere che l’interesse⁴⁶ del privato è sacrificato pure quando, vanificatasi per colpa dell’amministrazione l’opportunità di intraprendere l’attività, questi abbia concretamente perduto altre occasioni di investimento.

È il caso, ad esempio, della tardività nell’emanazione del provvedimento amministrativo⁴⁷, che si riverbera a danno della sfera di cittadini e imprese *sub specie* di perdita di *chances* alternative⁴⁸.

Un esempio può chiarire meglio l’idea.

Si pensi al tardivo provvedimento di diniego adottato dall’amministrazione nei confronti dell’impresa che aveva interesse (c.d. pretensivo) all’atto ampliativo. Viene in evidenza, intanto, la possibilità che il soggetto interessato, attendendo l’esito del procedimento, non abbia preso in considerazione possibilità alternative di realizzazione del proprio interesse. Le occasioni che si possono presentare sono molte e di vario genere. Si prenda il caso del privato (attore economico) che voglia ampliare il proprio esercizio commerciale e, a tale fine, reputi percorribili due vie: una, primaria, è rappresentata dalla realizzazione *ex novo* di un locale per il quale deve chiedere all’uopo il rilascio del permesso di costruire ed un’altra, secondaria, rappresentata invece dall’istanza di ristrutturazione di altro edificio già esistente, soggetta anch’essa a permesso di costruire⁴⁹. Appare chiaro che la possibilità di attivare prontamente la seconda via è

⁴⁶ Qui è evidente che il termine interesse, pur alludendo all’interesse economico, debba farsi rientrare perfettamente nel novero degli interessi legittimi. Sul punto si v. F. BENVENUTI, *Disegno dell’amministrazione italiana*, cit., p. 394 ss; in part. p. 398, ove l’A., riflettendo sul rapporto tra l’amministrazione e il privato, afferma che «il cittadino non può più essere concepito come mero destinatario degli atti amministrativi in una relazione di sostanziale e necessaria subordinazione: la concezione *paritaria* [e non autoritaria] del diritto amministrativo rende ragione del riconoscimento nell’interesse legittimo di un valore di carattere sostanziale e non soltanto processuale» (corsivo aggiunto).

⁴⁷ Come osservato da M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, p. 148 ss. Riflessioni che hanno anticipato, nella giurisprudenza, la nota sentenza della Corte di Cassazione n. 500/1999 in materia di risarcimento del danno da violazione di interessi legittimi e, nella legislazione, la l. n. 205/2000. In argomento si v. anche F. MASTRAGOSTINO, *La tutela risarcitoria del diniego e dell’inerzia e risarcimento per equivalenza*, in G. FALCON (a cura di), *La tutela dell’interesse al provvedimento*, Trento, 2001, p. 259 ss. Di particolare interesse sono le riflessioni – nonché l’analisi della giurisprudenza francese in tema di responsabilità amministrativa – di F. SALLET, *La perte de chance dans la jurisprudence administrative relative à la responsabilité de la puissance publique*, Paris, 1993, *passim*, sul parallelismo fra i danni da ritardo e i danni per perdita di *chances*.

⁴⁸ Cfr. M. LIPARI, *I tempi del procedimento amministrativo. Certezza dei rapporti, interesse pubblico, e tutela dei cittadini*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 372 ss. L’A. riflette sulla falsariga della responsabilità pre-contrattuale (artt. 1337 e 1338 cod. civ.) prevista nel diritto civile e inerente alla violazione dei precetti di buona fede e correttezza nella fase delle trattative.

⁴⁹ M. LIPARI, *op. ult. cit.*, p. 372.

subordinata alla tempestiva definizione, anche in senso negativo, della prima istanza da parte della pubblica amministrazione.

Potrebbe obiettarsi che il privato possa comunque realizzare il suo interesse, magari inoltrando contemporaneamente le due istanze, specificando il rapporto logico tra le stesse⁵⁰, oppure aspettare che scada infruttuosamente il termine del primo procedimento e abbandonare tale istanza per concentrarsi sulla seconda. Tuttavia ciò richiederebbe oneri che andrebbero oltre il generale principio di autoresponsabilità cui è tenuto il privato nei rapporti con la pubblica amministrazione. Questo non accadrebbe ove l'amministrazione agisse tempestivamente, attraverso un provvedimento di diniego espresso e motivato che consenta al privato di avanzare una nuova istanza, modificativa e integrativa della precedente, volta a emendare gli errori riscontrati dalla pubblica amministrazione⁵¹.

In questi come in altri casi, si può osservare che il danno, a livello microeconomico, si riverbera sulla sfera del privato in modo indiretto, ossia in relazione alla perdita di *chances* che il soggetto avrebbe potuto sfruttare per intraprendere altre iniziative d'investimento, nonché in relazione ai maggiori oneri sostenuti. Non solo, nel caso di specie, l'intempestività dell'agire amministrativo può portare anche ad una situazione subottimale a livello macroeconomico, giacché si avrebbe l'effetto indesiderabile dell'immobilizzo di risorse e di capitali privati che *medio tempore*, in attesa cioè del rilascio del provvedimento, non verrebbero efficientemente impiegati.

4. Efficienza come certezza e misurabilità del tempo della decisione amministrativa

L'impostazione sinora seguita mostra come il tempo dell'azione e della decisione possa costituire un fattore rilevante per l'intera efficienza del sistema amministrativo.

Può essere rilevante, ad esempio, nella misura in cui incide sul benessere dei soggetti privati che interagiscono con la sfera dei pubblici poteri. La possibilità di predeterminare per tempo le risorse finanziarie da impiegare nelle attività economiche di cittadini e imprese, costituisce infatti un elemento indispensabile per il buon esito delle diverse soluzioni d'investimento in relazione al settore pubblico⁵².

In quest'ottica il tempo delle decisioni, anche quello regolato dal diritto amministrativo, diviene un'entità quantificabile e, dunque, misurabile⁵³, oggetto in quanto tale di un razionale calcolo economico da parte

⁵⁰ M. LIPARI, *op. ult. cit.*, p. 373.

⁵¹ M. LIPARI, *op. loc. ult. cit.*

⁵² Per tutti v. A. POLICE, *Prevedibilità delle scelte e certezza dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 697 ss.

⁵³ Sul punto cfr. G. NAPOLITANO, *Le misurazioni nel (e del) diritto amministrativo*, in *Annuario di diritto comparato*, 2012, p. 117 ss., secondo cui il tempo può essere considerato un parametro di misurabilità dell'efficienza dell'agire amministrativo. Ed è in quest'ottica, secondo l'A., che il tempo diviene presupposto della responsabilità per danno da ritardo. Nel diritto positivo non mancano riferimenti di una simile tendenza. Ad esempio, come ricorda lo stesso Napolitano, l'influenza di tale concezione si è tradotta nell'inserimento del comma 1-*bis* all'art. 2-*bis* della l. n.

dell'attore privato che, in vario modo, si appresta a entrare in contatto con l'amministrazione attraverso l'attività procedimentale.

Qui giova ricordare come il termine contatto, benché allude al filone di studi che ha dato rilevanza, in punto di tutela dell'affidamento, al c.d. contatto sociale del privato con la pubblica amministrazione e a cui si riconnette la responsabilità di natura precontrattuale (o quella c.d. da contatto), viene utilizzato in un'accezione più ampia di quella esclusivamente rivolta ai profili che interessano la risarcibilità dei danni patiti dal soggetto privato⁵⁴. Tale contatto ha lo scopo di indicare i momenti e le situazioni, temporalmente predeterminati e predeterminabili, in cui avviene e si esplica l'incontro tra il cittadino e i pubblici poteri, tra l'interesse economico privato e l'interesse pubblico, nel procedimento amministrativo e nelle sue singole fasi. Per certi versi è ipotizzabile che il contatto sociale, in cui si manifesta l'incontro di più volontà e interessi, sia pubblici che privati, possa far meglio comprendere la complessità e l'eterogeneità entro cui si esplica lo stesso fenomeno del procedimento amministrativo.

Nella concezione prevalentemente orientata al mercato, allora, il soggetto privato coinvolto dall'azione dei pubblici poteri potrà dirsi realmente beneficiario dallo svolgersi dell'azione amministrativa, se e nel modo in cui possa effettivamente vantare una condizione che gli garantisca la certezza dei tempi che quello svolgimento implica.

È in questo compiersi della relazione socioeconomica amministrazione-cittadino che il fattore temporale della decisione amministrativa riveste notevole importanza. Perché è sulla 'oggettiva' certezza⁵⁵ del tempo del procedimento e del provvedimento che il cittadino, il quale entra in contatto con la pubblica amministrazione, farà poggiare la sua 'soggettiva' certezza temporale⁵⁶.

In questa prospettiva, il privato interessato all'azione amministrativa potrebbe magari vantare un legittimo affidamento nella certezza dei tempi della decisione, in modo da poter prontamente attivare il sistema di tutele – giurisdizionali e non – predisposto dall'ordinamento giuridico a presidio di tale garanzia⁵⁷. In tal

241/1990. Norma che, seguendo quest'impostazione, stabilisce un indennizzo forfettario legato al mero trascorrere dei giorni di ritardo da quando l'amministrazione avrebbe dovuto agire, esonerando, peraltro, il privato dall'esercizio dell'azione giurisdizionale e dall'onere della prova del danno.

⁵⁴ Per i profili attinenti alla responsabilità ed alla risarcibilità per *culpa in contrabendo* si v. C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, p. 649 ss.; ID., *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, vol. I, *Diritto civile*, Milano, 1995, p. 147 ss.; E. CASETTA - F. FRACCHIA, *Responsabilità da contatto: profili problematici*, in *Foro it.*, 2001, III, p. 18 ss; M. PROTTO, *La responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, p. 213 ss.

⁵⁵ In questi termini v. M. CORSALE, *Certezza del diritto*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VI, p. 1. Per l'A. il termine certezza può assumere due significati. Nel primo significato esso designa la ferma convinzione della verità di un «asserto», e ciò è la certezza in senso soggettivo. Nel secondo significato esso designa la predisposizione di un asserto ad assicurare la sua corrispondenza con uno stato di cose, e ciò è la certezza in senso oggettivo.

⁵⁶ Cfr. A. COLAVECCHIO, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, cit., p. 62.

⁵⁷ A: COLAVECCHIO, *op. ult. cit.*, p. 61.

guisa, il tempo della decisione amministrativa assumerebbe una certa rilevanza, non solo dal punto di vista della massimizzazione del risultato (efficienza, efficacia ed economicità dell'agire), ma anche dal punto di vista della sua rispondenza al paradigma della legalità (legittimità e/o liceità dell'agire), costituendo così un bene della vita autonomamente tutelabile.

In particolare, su quest'ultimo punto, è da chiarire se e a quali condizioni la logica del risultato efficiente⁵⁸ è conciliabile con il principio di legittimità, e quali modificazioni dei due termini comporta la loro eventuale conciliabilità. Pertanto, se da un lato la pubblica amministrazione è obbligata a garantire, attraverso le sue scelte, beni e servizi ai privati in tempi certi, nonché a rispettare i tradizionali parametri di legittimità, dall'altro lato il canone giuridico dell'efficienza implica l'impossibilità di applicare norme che diano vita a cattivi risultati, che sacrificino cioè beni giuridici delimitati e definiti, in contrasto con gli stessi beni voluti dal legislatore o con i beni protetti dalla costituzione⁵⁹.

In linea generale, la riflessione sul tempo della decisione amministrativa come fattore di efficienza e di sviluppo economico condurrebbe a considerare il ritardo un vero e proprio attrito dell'economia⁶⁰, che condiziona in vario modo e grado la sfera di libertà del privato, potendo rappresentare un danno indipendentemente dal conseguimento dell'utilità finale (il c.d. bene della vita). Per tale ragione, il mancato rispetto del tempo assegnato dalla legge all'amministrazione per provvedere, si porrebbe come una condotta non soltanto illegittima, giacché tenuta dalla pubblica amministrazione in violazione della legge stessa, ma anche illecita, dal momento che tale condotta provocherebbe un pregiudizio ad un bene della vita meritevole di autonoma tutela.

D'altra parte, già una dottrina⁶¹ aveva sottolineato come le esigenze del mercato imponessero un modello di amministrazione pubblica che fosse deputata anche alla risoluzione di problematiche concrete di interesse generale, «alimentate dal divenire sociale ed economico, sulla scorta di modelli di azioni predisposti in linea di massima *ex ante*»⁶². Il che implica che la pubblica amministrazione abbia, come sua

⁵⁸ Sul punto cfr. L. MERCATI, *voce Efficienza*, cit., p. 2144, secondo cui l'efficienza «equivale ad idoneità a conseguire i risultati programmati ed idoneità dei modi e dei mezzi ad ottenerne il raggiungimento».

⁵⁹ Cfr. L. IANNOTTA, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, cit., p. 101.

⁶⁰ Per quest'espressione v. O.E. WILLIAMSON, *L'economia dell'organizzazione: il modello dei costi di transazione*, in R.C.D. NACAMULLI - A. RUGIADINI (a cura di), *Organizzazione e mercato*, Bologna, 1985, p. 7. L'A. enfatizzando sulla «pericolosità» dei costi di transazione paragona questi costi all'attrito che in fisica impedisce il moto.

⁶¹ G.D. COMPORTI, *Tempus regit actionem. Contributo allo studio del diritto intertemporale dei procedimenti amministrativi*, Torino, 2001, p. 23. Secondo l'A. il procedimento amministrativo è caratterizzato da uno «stato di tensione» tra la dimensione progettuale (futuro), che consta di pura mobilità e continuità, e il già vissuto (passato). Ciò è tipico anche delle istituzioni pubbliche, che sono composte da uomini e operano per il soddisfacimento dei bisogni umani.

⁶² Così L. IANNOTTA (a cura di), *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato*, Torino, 2003, p. 11. L'A., nell'*incipit* della sua relazione, ricorda come le profonde trasformazioni sociali, politiche e istituzionali verificatesi in Italia a partire dal 1990 (anno delle fondamentali leggi sul procedimento amministrativo, l. n. 241/1990, e sulla

intrinseca caratteristica, la necessità in ogni comportamento, in ogni vicenda, in ogni decisione e, dunque, nell'attività globalmente considerata, di prefigurare, di predefinire e di prevedere gli obiettivi e i risultati da raggiungere, in modo da poterli realizzare nei tempi programmati e senza effetti pregiudizievoli⁶³.

Si tratta di un'attività amministrativa ardua e complessa che chiama in causa il futuro, in termini di prevedibilità delle condotte e delle decisioni degli attori economici. Ove le conseguenze non fossero prevedibili, verrebbe meno la certezza dei risultati, la loro pre-determinabilità, dunque anche la loro convenienza economica, e con essa uno dei punti fondamentali su cui si basa la visione efficientistica dell'odierno sistema amministrativo⁶⁴.

5. Efficienza come accelerazione e semplificazione della decisione amministrativa

Se ora si rivolge lo sguardo alla disciplina del procedimento amministrativo e soprattutto alle recenti riforme che ne hanno toccato i vari istituti, si osserverà che uno dei fili conduttori è costituito dal disegno di semplificazione e di accelerazione, in chiave efficientistica, della decisione.

Ciò è evidente già dalla rubrica di uno dei principali articoli della legge di riforma del 7 agosto 2015, n. 124, ossia l'art. 4, che reca «Norme di semplificazione e accelerazione dei procedimenti amministrativi concernenti rilevanti insediamenti produttivi, opere di interesse generale e l'avvio di attività imprenditoriali suscettibili di avere positivi effetti sull'economia o sull'occupazione»⁶⁵.

concorrenza, l. n. 287/1990), nell'ambito del processo di riassetto dell'ordine economico e politico mondiale (e quale conseguenza dell'ordinamento europeo), hanno conferito alle pubbliche amministrazioni tratti sempre più spiccatamente economico-aziendalistici, con la sottoposizione a regole e a logiche considerate in passato proprie delle organizzazioni private.

⁶³ L. IANNOTTA, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁴ La formula «amministrazione per risultati», come ricorda A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula «amministrazione per risultati»*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, II, p. 815 ss., risale alla distinzione gianniniana tra amministrazione per atti e, appunto, amministrazione per risultati.

⁶⁵ Più in dettaglio, l'art. 4, comma 1, l. n. 124/2015 prevede che con l'adozione, ai sensi dell'art. 17, comma 2, l. 23 agosto 1988, n. 400 di apposito regolamento del Presidente della Repubblica, siano adottate norme di semplificazione e accelerazione dei procedimenti amministrativi, sulla base delle seguenti regole generali: *i*) individuazione dei tipi di procedimento amministrativo relativi a rilevanti insediamenti produttivi, a opere di interesse generale o all'avvio di attività imprenditoriali, ai quali possono essere applicate le misure di cui alle lett. c) ss.; *ii*) individuazione in concreto da parte del P.C. previa deliberazione del C.d.M., nell'ambito dei tipi di procedimento indicati alla lett. a), dei singoli interventi con positivi effetti sull'economia o sull'occupazione per i quali adottare le misure di cui alle lett. c) ss.; *iii*) previsione, per ciascun procedimento, dei relativi termini, ridotti in misura non superiore al cinquanta per cento rispetto a quelli applicabili ai sensi dell'art. 2 l. n. 241/1990, s.m.i.; *iv*) per i procedimenti di cui alla lett. b), attribuzione, previa delibera del C.d.M., di poteri sostitutivi al P.C. dei ministri o a un suo delegato; *v*) previsione, per i procedimenti in cui siano coinvolte amministrazioni delle regioni e degli enti locali, di idonee forme di raccordo per la definizione dei poteri sostitutivi di cui alla lett. d); *vi*) definizione dei criteri di individuazione di personale in servizio presso le amministrazioni pubbliche, in possesso di specifiche competenze tecniche e amministrative, di cui possono avvalersi i titolari dei poteri sostitutivi di cui alla lett. d), senza riconoscimento di trattamenti retributivi ulteriori rispetto a quelli in godimento e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

Sempre all'art. 4 della l. n. 124/2015 il legislatore aveva demandato l'attuazione della riforma ad un successivo regolamento, da approvarsi con apposito decreto legislativo. Così è stato recentemente approvato il d.P.R. 12 settembre 2016, n. 194 che, ponendosi nettamente in sintonia con la visione efficientistica del procedimento amministrativo, ha previsto importanti novità sul versante dell'efficienza procedimentale.

In particolare, nel regolamento vengono fissati alcuni importanti punti che devono essere sviluppati per semplificare e per accelerare la realizzazione degli interventi economici secondo il meccanismo, di matrice anglosassone, della c.d. *fast track procedure*. La disciplina della *fast track procedure*, nell'ottica di accelerare i tempi della decisione amministrativa, riveste particolare importanza per l'ordinamento giuridico, dal momento che con essa si prende atto della rilevanza del fattore tempo, soprattutto per ciò che attiene agli interventi – strategici e infrastrutturali – più significativi da compiere per rilanciare l'economia statale. Quello della *fast track* è annoverabile tra gli strumenti regolatori di *soft law*, con i quali i decisori pubblici, al fine di incentivare l'iniziativa economica e gli investimenti dei privati, possono intervenire per ridurre all'occorrenza la durata – i termini – e per accelerare l'iter del procedimento amministrativo⁶⁶.

Più in dettaglio, il d.lgs. n. 126/2016 in base allo strumento della *fast track procedure* prevede: l'individuazione, con cadenza annuale, dei procedimenti amministrativi per i quali vi sia l'interesse pubblico (ma può leggersi anche “economico”) ad una accelerazione dell'iter, nell'ambito di categorie procedimentali definite *ex ante* (art. 2); la riduzione, se del caso, dei termini per la loro realizzazione fino alla metà (art. 3); il ricorso, ove necessario, ai poteri di sostituzione delle amministrazioni inadempienti (art. 4).

Tuttavia, anche solo per restare a considerazioni di tipo economico, non è difficile portare argomenti che dimostrano come sia proprio la riduzione dei termini ad essere spesso fonte d'inefficienza, generando, sotto vari profili, danni non indifferenti alla collettività (cc.dd. esternalità negative⁶⁷).

⁶⁶ Cfr. F. BASILICA - F. BARAZZONI, *Diritto amministrativo e politiche di semplificazione*, Rimini, 2014, p. 146. Con la *fast track procedure* si interviene con misure di deregulation e di semplificazione normativa sul tempo del procedimento. Lo scopo è quello di concentrare la valutazione degli impatti *ex ante* ed *ex post* solo per le misure economicamente più onerose, anche nella prospettiva della riduzione dei costi.

⁶⁷ Gli effetti esterni o esternalità negative comprendono fenomeni di economia e diseconomia esterna, ossia risultati in termini di costi (esternalità negative) o benefici (esternalità positive) che l'attività di un'impresa o di un privato può generare al di fuori delle contrattazioni di mercato a carico o a favore di un altro soggetto (ad esempio, nel diritto amministrativo, a favore o a carico dei terzi. Le esternalità furono descritte per la prima volta da A. MARSHALL, *Principles of Economics*, London, 1890, p. 39 ss., e approfonditamente studiate, seppure con diversi approcci e soluzioni, da Pigou e Coase. In particolare secondo l'impostazione offerta da A.C. PIGOU, *Economia del benessere*, tr. it., Torino, 1953, il problema delle esternalità (negative) va affrontato attraverso l'intervento pubblico e autoritativo dello stato, mediante la tassazione delle esternalità, in modo da correggere l'inefficiente allocazione delle risorse in presenza di costi privati e sociali divergenti, fissando l'importo dei tributi sul danno stimato. Tutt'altra tesi è quella sostenuta da R.H. COASE, *The problem of social cost*, in *Journal of Law and Economics*, 1960, p. 1 ss., ora in ID., *Impresa, mercato e diritto*, tr. it., Bologna, 2006, p. 199 ss., il quale sposta l'accento sui meccanismi di

Ad esempio, la riduzione dei tempi procedurali, applicati anche alle amministrazioni preposte alla tutela degli interessi sensibili, metterebbero a repentaglio la salvaguardia dell'ambiente, del paesaggio, del territorio, della salute pubblica e della pubblica incolumità. Se si dimezzasse il tempo necessario per concludere un procedimento si provocherebbe molto probabilmente un raddoppio del carico burocratico per gli uffici, costretti così a smaltire più pratiche in minor tempo. Ancora, se si ridimensionassero i tempi per le istanze e per gli altri atti dei privati si spingerebbero, attraverso una c.d. *bud nudge*, i cittadini e le imprese a svolgere gli adempimenti necessari in condizioni di ristrettezza temporale, con il conseguente rischio di gravi incompletezze e inevitabili errori istruttori.

In realtà la riduzione dei termini procedurali dovrebbe essere graduata tenendo conto della concreta sostenibilità dei tempi degli interessi pubblici coinvolti, dei privati e degli stessi uffici amministrativi.

È interessante richiamare, sul punto, il parere del Consiglio di Stato del 16 aprile 2016, n. 929⁶⁸ reso sulla bozza del d.lgs. n. 126/2016. Ciò perché il parere è d'aiuto, ai fini della presente trattazione, soprattutto per i vari profili dell'efficienza che esso tocca, e anche perché fa emergere la rilevanza che ha acquisito e sempre più va acquisendo il fattore temporale della decisione amministrativa. Secondo la Commissione speciale del Consiglio di Stato che ha redatto il richiamato parere, ciò che caratterizzerebbe il regolamento in esame, differenziandolo dalle iniziative precedenti, è la sua portata generale *ex ante*, riguardando questo tutti i procedimenti relativi «a rilevanti insediamenti produttivi, a opere di interesse generale o all'avvio di attività imprenditoriali», nonché la sua flessibilità *ex post*, dovendo trovare applicazione solo nei confronti degli specifici procedimenti, rientranti nelle tipologie elencate *ex ante*, per i quali si ravvisi in concreto un interesse pubblico alla loro accelerazione⁶⁹. Nondimeno importante, per quanto problematica, appare la previsione che attribuisce al Presidente del Consiglio dei ministri una posizione centrale nelle determinazioni acceleratorie, ivi compreso il potere di sostituirsi in caso di inerzia agli organi ordinariamente preposti ai procedimenti.

(auto-)regolazione del mercato come soluzione ai fenomeni delle diseconomie esterne. Coase sostiene che la presenza di esternalità negative non sta a significare necessariamente che vi sia un'inefficiente allocazione delle risorse; così egli ritiene che gli attori economici sono in grado di contrattare volontariamente l'eliminazione degli effetti esterni, potendo raggiungere miglioramenti pareto-efficienti indipendentemente dall'intervento dei pubblici poteri. È bene aggiungere, sul punto, che quest'interpretazione della visione di Coase e del suo teorema viene comunemente offerta dalla scuola stigleriana (cfr. G. STIGLER, *The Theory of Price*, New York, 1987, p. 9 ss.). La stessa interpretazione è stata aspramente criticata da D. MCCLOSKEY, *The Good old Coase Theorem and the Good Old Chicago School: A Comment on Zerbe and Medema*, in S.G. MEDEMA, (ed. by), *Coasean Economics: Law and Economics and the New Institutional Economics*, Boston, 1998, pp. 239-248. Secondo l'A. Coase era ben lontano dal pensare che vi fossero mercati privi di costi di transazione, anzi, al contrario, egli era convinto che tale ipotesi fosse decisamente irrealistica. Infatti, secondo l'interpretazione mccloskiana, Coase, avendo bene in mente il fatto che i mercati non potessero autoregolarsi per la presenza di elevati costi di transazione, considerava inevitabile l'intervento dei pubblici poteri

⁶⁸ Cons. Stato, comm. spec., parere 16 aprile 2016, n. 929.

⁶⁹ Cons. Stato, comm. spec., parere 16 aprile 2016, n. 929, punto 3.1.

Ancora per ciò che qui interessa è importante notare come la maggior parte delle norme del d.lgs. n. 126/2016 – soprattutto quelle inerenti alla semplificazione e all’accelerazione dei tempi procedurali – facciano riferimento a criteri di efficienza di tipo economico. Così è, ad esempio, per «l’analisi di valutazione dell’impatto economico e sociale» prevista dall’art. 2, comma 1 del citato decreto, in base alla quale gli enti territoriali possono redigere un elenco di progetti riguardanti «rilevanti insediamenti produttivi», «opere di rilevante impatto per il territorio» o «l’avvio di attività imprenditoriali suscettibili di produrre positivi effetti sull’economia o sull’occupazione», e per i quali può applicarsi la disciplina della «riduzione dei termini dei procedimenti», ai sensi dell’art. 3, e quella sul «potere sostitutivo», di cui al successivo art. 4.

L’attuale regolamento prevede infatti, ai sensi dell’art. 4, che in caso di infruttuosa decorrenza dell’ordinario termine di conclusione del procedimento, il Presidente del Consiglio dei ministri possa procedere direttamente alla riduzione del termine sostituendosi agli organi inerti o delegare, previa deliberazione del C.d.M., a diverso soggetto il potere sostitutivo, fissando un nuovo termine per la conclusione, di durata non superiore a quello originariamente previsto. Il successivo art. 5 stabilisce che, qualora l’intervento «coinvolga esclusivamente, o in misura prevalente, il territorio di una regione, di un comune o di una città metropolitana, e non sussista un preminente interesse nazionale alla realizzazione dell’opera», il Presidente del Consiglio deleghi all’esercizio del potere sostituito il Presidente della regione o il sindaco. (art. 5, comma 1); ove, invece, «l’intervento coinvolge competenze delle regioni e degli enti locali, e non vi è un interesse nazionale», le modalità di esercizio del potere sostitutivo sono determinate previa intesa in Conferenza unificata» (art. 5, comma 2). A prima vista l’art. 5, comma 1, sembra concernere i casi in cui l’intervento interessi unicamente (o in modo maggiore) il territorio di una regione o di un comune, mentre l’art. 5, comma 2, i casi in cui l’intervento coinvolga competenze di più regioni ed enti locali senza un preminente interesse nazionale.

A tal riguardo va notato come, ai sensi dell’art. 1 del d.lgs. n. 127/2016, l’ambito di applicazione delle norme di semplificazione e di accelerazione dei procedimenti sia riferito ad «autorizzazioni, licenze, concessioni non costitutive, permessi o nullaosta comunque denominati, ivi compresi quelli di competenza delle amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico, alla tutela della salute e della pubblica incolumità», stabilendo così, almeno in parte, un parallelo con l’ambito di applicazione della s.c.i.a. (art. 19, comma 1, l. n. 241/1990).

Tra le disposizioni più importanti del regolamento vi è quella dell’art. 3 che disciplina la riduzione dei termini dei procedimenti, la quale, peraltro, incide direttamente sull’istituto del termine di cui all’art. 2, l.

n. 241/1990⁷⁰. L'art. 3, in attuazione del principio direttivo di cui all'art. 4, comma 1, lett. c), l. n. 124/2015, prevede la riduzione, in misura non superiore al cinquanta per cento rispetto ai termini di cui all'art. 2, l. n. 241/1990, dei termini di conclusione dei procedimenti necessari a individuare «la localizzazione, la progettazione e la realizzazione dell'opera, lo stabilimento dell'impianto produttivo e l'esercizio dell'attività».

Il meccanismo di riduzione contemplato nella legge di riforma, come si può notare, sembra accogliere in pieno le tesi sin qui descritte. Tant'è che persegue la riduzione delle transazioni e dei relativi costi – e dunque il dimezzamento dei termini di conclusione dei procedimenti – al fine di ottenere una maggiore efficienza dell'intero sistema amministrativo.

Tuttavia, per quanto visto a proposito delle esternalità che si genererebbero dalle disposizioni in commento, tali aspetti andrebbero considerati in sede di esercizio del potere di riduzione dei termini di conclusione del procedimento per definire, in concreto, una misura “sostenibile” di riduzione, che non vada oltre il limite massimo previsto del cinquanta per cento rispetto ai termini contemplati dall'art. 2, l. n. 241/1990. Per fare in modo che venga effettivamente valorizzato il profilo sotteso alla sostenibilità dei nuovi termini di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 126/2016, si potrebbe interpretare la disposizione in parola come quella dell'art. 2, comma 4, l. n. 241/1990, la quale disciplina la possibilità di fissare termini di conclusione del procedimento in misura maggiore rispetto ai novanta giorni (individuati dall'art. 2, comma 3, l. n. 241/1990, come limite massimo alla durata del procedimento amministrativo)⁷¹.

In tal guisa, nel prevedere questo singolare allungamento dei termini l'art. 2, comma 4, contiene un riferimento specifico alla «sostenibilità dei tempi sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa, della natura degli interessi pubblici tutelati e della particolare complessità del procedimento», che bene si adatterebbe anche alla nuova disposizione di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 126/2016.

6. Decisioni amministrative efficienti

Se il risultato economico, come sinora visto, costituisce il fine cui deve tendere la moderna amministrazione secondo il disegno voluto dalle recenti leggi di riforma, la certezza e l'efficienza della decisione rappresentano componenti quanto mai essenziali per il raggiungimento di questo fine.

In questa prospettiva la previsione di un termine certo entro il quale deve svolgersi e concludersi il procedimento amministrativo con l'emanazione del provvedimento, rappresenta la prima garanzia cui gli attori del mercato ripongono la loro fiducia. In altre parole, la certezza della decisione è il primo requisito

⁷⁰ Sull'art. 2 della l. n. 241/1990 si v. A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., p. 226 ss.

⁷¹ Cons. Stato, comm. spec., parere 16 aprile 2016, n. 929, punto 4.1.

in base al quale l'attore economico stabilisce quando e come investirà con la sua attività in uno specifico settore dell'ordinamento. Da ciò è facile intendere che quanto maggiore sarà il grado di certezza temporale, tanto maggiore sarà la possibilità che l'attore economico si risolva ad investire in un ordinamento piuttosto che in un altro. E non è un caso se, in una recente massima, anche i giudici del Consiglio di Stato abbiano preso posizione in tal senso, affermando che «l'esercizio della funzione pubblica è connotato dai requisiti della doverosità e della continuità, cosicché i termini fissati per il suo svolgimento hanno gioco forza carattere acceleratorio, in funzione del rispetto dei principi di buon andamento di efficienza e di efficacia dell'azione amministrativa»⁷².

D'altra parte nell'attuale contesto di mercato, profondamente segnato dalle crisi economiche, la scarsità delle risorse finanziarie⁷³, ridimensionando l'iniziativa imprenditoriale, riduce la possibilità di investimento da parte di cittadini e imprese, sicché la capacità di programmare in tempo l'impiego dei mezzi finanziari a disposizione diviene fattore indispensabile per l'esito economicamente positivo delle decisioni d'investimento. Come ogni ordinamento è assoggettato a dinamiche e a leggi proprie del mercato che soggiacciono a uno specifico «ordine economico»⁷⁴, così pure l'ordinamento amministrativo non sembra sfuggire a tali regole.

Di ciò si tiene conto anche nella dottrina amministrativistica quando si afferma che «gli effetti economici degli atti della pubblica amministrazione sono da considerarsi una componente del mercato»⁷⁵. Ed è in un simile ordine economico che il tempo delle decisioni amministrative si impone come tempo effettivo. Inteso quale fattore necessario e rispondente alle dinamiche del mercato, il tempo della decisione amministrativa dovrà essere un tempo certo⁷⁶.

La stessa dottrina non manca di evidenziare come siano stati previsti alcuni istituti giuridici volti ad assicurare che gli atti amministrativi non restino incerti dal punto di vista temporale, e ciò in risposta ad una sempre più forte esigenza di certezza e celerità della decisione amministrativa. In questo orizzonte, la certezza assume il ruolo di variabile temporale indispensabile per assicurare il buon andamento

⁷² Così Cons. Stato, sez. V, 11 ottobre 2013, n. 4980 in *Vita notarile*, 3, 2013, p. 1216 ss.

⁷³ Sull'argomento si v. A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, cit., dove secondo l'A., difatti, «nei Paesi dell'Europa occidentale il tema della semplificazione amministrativa viene associato, ormai quasi costantemente, a quello della crisi economica e, in particolare, alla crisi delle finanze pubbliche».

⁷⁴ Su cui si v. l'interessantissima critica di A. GIULIANI, *Giustizia ed ordine economico*, Milano, 1997, pp. 221-224, che, tra l'altro, nelle pp. 187-203 offre un'interpretazione originale all'opera del padre dell'economia moderna Adam Smith.

⁷⁵ Così F. MERUSI, *La certezza del risultato nell'Amministrazione del mercato*, in M. IMMORDINO, A. POLICE, (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2003, p. 36.

⁷⁶ Cfr. M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, cit., *passim*.

dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), e dunque per il soddisfacimento pratico dei bisogni economici dei privati e delle imprese⁷⁷.

Per quanto sinora detto, l'approfondimento della relazione tra il tempo e la decisione sembra offrire una prospettiva di ricerca particolarmente feconda per l'indagine sul tema dell'efficienza amministrativa.

Prima di passare all'indagine sull'efficienza e, in generale, alla valutazione degli effetti economici che la decisione comporta nel procedimento amministrativo, bisogna richiamare i principali assunti che la dottrina giuseconomica propone in tema di decisione.

È bene chiarire, infatti, che dal punto di vista giuseconomico i tipici provvedimenti del diritto amministrativo – soprattutto quelli che risultano ampliativi o restrittivi della sfera giuridica dei privati – vengono analizzati non solo per le specifiche funzioni che essi assolvono e per le peculiari problematiche che essi sollevano in termini di regime giuridico, ma anche per la strategia politico-amministrativa e di efficienza che gli stessi postulano. Del resto, se è vero che ogni tipo di atto giuridico, compresi l'atto e il provvedimento amministrativo, rappresenta l'attuazione di un assetto normativo, parimenti vero sarà che tale atto è rivolto anche a soddisfare le preferenze dei privati e a porre rimedio a un determinato problema di fallimento del mercato⁷⁸.

In quest'ottica la pubblica amministrazione, quale principale attore economico del sistema amministrativo, è chiamata, nell'esercizio della sua discrezionalità, a disegnare il contenuto dei singoli provvedimenti allo scopo di massimizzare l'utilità collettiva⁷⁹. Il potere amministrativo talvolta valica i vincoli posti dall'ordinamento, cosicché l'amministrazione applica e allo stesso tempo crea il diritto, ponendo regole alla propria azione e a quella dei privati, sulla scorta di opzioni valoriali, di scelte tra interessi⁸⁰, di valutazioni di efficienza⁸¹.

⁷⁷ Cfr. G. PASTORI, *La burocrazia*, Padova, 1967, pp. 89-92. Per l'A. il buon andamento non può qualificarsi né come vincolo modale né come scopo. In altri termini esso non «potendosi ascrivere ad una esigenza di conformità giuridica deve iscriversi in una esigenza di conformità pratica». Vale a dire, il buon andamento della pubblica amministrazione impone una disciplina che permetta e che faciliti l'esercizio dei poteri, affinché il potere ottenga il suo risultato.

⁷⁸ Sul punto cfr. G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, cit., p. 153.

⁷⁹ G. NAPOLITANO, *op. ult. cit.*, p. 155.

⁸⁰ Così M. D'ALBERTI, *Diritto pubblico dei mercati e analisi economica*, in AA.VV., *Analisi economica e diritto amministrativo*, *Annuario AIDPA* (Atti del Convegno di Venezia, Fondazione Cini, 28-29 settembre 2006), Milano, 2007, p. 48, che rimarca, a tal proposito, l'importanza dello studio condotto da A. SEN, *On Ethics and Economics*, Oxford, 1987, p. 65 ss., sulle possibili risoluzioni di casi in cui vi siano interessi confliggenti.

⁸¹ Sul punto è imprescindibile il rimando ai contributi della dottrina classica dell'analisi economica. In tal senso si v. D. BARON, *A Sequential Choice Theory. Perspective on Legislative Organization*, in *Legislative Studies Quarterly*, XIX, 1994, pp. 267-296; D. BARON - J. FEREJOHN, *Bargaining's in Legislatures*, in *American Political Science Review*, 87, 1989, pp. 1181-1206; D. BARON - E. KALAI, *The Simplest Equilibrium of a Majority-Rule Division Game*, in *Journal of Economic Theory*, 61, 1993, pp. 290-301; J. BUCHANAN, *An Economic Theory of Clubs*, in *Economica*, 32, 1965, pp. 1-14; W. OATES, *Fiscal Federalism*, New York, 1972, *passim*; K. SHA - J. STIGLITZ, *Committees, Hierarchies and Polyarchies*, in *Economic Journal*, 98, 1988, pp. 451-470; ID., *The Architecture of Economic Systems: Hierarchies and Polyarchies*,

6.1. Pianificazioni

Alla stregua di tali premesse, si pensi agli atti generali e di pianificazione⁸², ad esempio ai piani urbanistici generali⁸³, con cui opera di solito il diritto amministrativo, i quali si caratterizzano per il fatto di contenere particolari norme (regole, standards, piani ecc.) applicabili a gruppi indeterminati di soggetti individuali e collettivi, pubblici e privati⁸⁴.

Questi atti decisori, oltre alla tipica funzione giuridica, svolgono anche un'importante funzione economica⁸⁵, sia sotto l'aspetto dell'efficienza, sia sotto l'aspetto dell'equità, essendo in grado di prevenire e correggere i diversi fallimenti del mercato che sarebbero provocati dall'esercizio libero e illimitato delle attività private.

D'altra parte, se in una determinata area geografica alcuna pianificazione urbanistica sia prevista da parte della pubblica amministrazione, l'attività edilizia libera dei privati⁸⁶ causerebbe externalità negative in termini di danno all'ambiente e al paesaggio⁸⁷. Se, parimenti, per uno specifico settore non siano emanate opportune regole, le imprese detentrici di un forte potere di mercato abuserebbero della loro posizione dominante a scapito di concorrenti e consumatori deboli. Allo stesso tempo, sul versante dell'efficienza, dichiarare edificabili o sottoporre a vincolo paesaggistico e ambientale determinate aree del territorio vuol dire accrescere o, viceversa, ridurre il valore di mercato che le stesse aree possiedono in un dato settore⁸⁸.

in *American Economic Review*, 76, 1986, pp. 716-727; C. TIEBOUT, *A Pure Theory of Local Expenditure*, in *Journal of Political Economy*, 64, 1956, pp. 416-424.

⁸² Su cui si v. M.S. GIANNINI, voce *Pianificazione*, in *Enc. Dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 629 ss.; G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000, p. 1 ss.; N. RANGONE, *Le programmazioni economiche. L'intervento pubblico tra piani e regole*, Bologna, 2007, p. 1 ss. In chiave giuseconomica cfr. G. VON WANGEHEIM, *Production of Legal Rules by Agencies and Bureaucracies*, in B. BOUCKAERT - G. DE GEEST (eds.), *Encyclopaedia of Law and Economics*, Cheltenham-Northampton, 2004, III, p. 559 ss.

⁸³ In tema si v. E. FOLLIERI, *Contributo allo studio sulla dinamica dell pianificazione urbanistica*, Chieti, 1986; ID., *Rigidità ed elasticità degli strumenti di pianificazione generale*, in F. PUGLIESE - E. FERRARI (a cura di), *Presente e futuro della pianificazione urbanistica*, Milano, 1999, p. 95 ss.

⁸⁴ Sugli atti generali e sulle pianificazioni nel diritto amministrativo si v. M. D'ORSOGNA, *Programmazione strategica e attività decisionale della Pubblica Amministrazione*, Torino, 2001, 139 ss.

⁸⁵ Sul punto è interessante richiamare le considerazioni di A. PREDIERI, *Pianificazione e costituzione*, Milano, 1963, spec. pp. 105-106. Secondo l'A. «la pianificazione urbanistica è normativamente accomunata, come strumento per la attuazione ed imposizione di fini sociali alla proprietà, e, in particolare, delle finalità di trasformazione degli assetti socioeconomici esistenti ed inadeguati da modificare e sistemare in modo più razionale e più consoni alle esigenze di giustizia sociale, di benessere, di dignità e di libertà della persona, migliorando il rapporto fra l'uomo e l'ambiente».

⁸⁶ Sul punto v. B. CORI, *La competizione per l'uso del suolo nelle aree metropolitane*, in G. MARTINOTTI (a cura di), *La dimensione metropolitana*, Bologna, 1999, p. 231.

⁸⁷ In argomento per la tutela giurisdizionale si v. F. BENVENUTI, *Pianificazione del territorio e tutela del cittadino*, in *Jus*, XXXIV, 1987, II, p. 135 ss.

⁸⁸ Già in passato, in chiave giuseconomica, la dottrina amministrativistica si era occupata della rilevanza efficientistica dell'aumento/riduzione del valore di mercato dei beni demaniali. Sul punto cfr. G. CORREALE, *Urbanistica, iniziativa economica, proprietà privata e poteri dell'autorità*, Padova, 1984, p. 1 ss.

Inoltre, sul versante degli effetti distributivi fissare prezzi, tariffe o standards ad un certo livello significa anche incrementare o ridimensionare il benessere del soggetto regolato, nonché dei soggetti (ad esempio gli utenti del servizio pubblico) che beneficiano della regolazione amministrativa. Da tali decisioni dipenderà anche l'efficacia⁸⁹ che le regole amministrative possiedono per incentivare o, all'opposto, disincentivare gli investimenti degli attori economici in un dato ordinamento piuttosto che in un altro (art. 41 Cost.).

6.2. Concessioni

Non diversamente dalle pianificazioni, altri atti decisorii di natura autoritativa come le concessioni demaniali (che l'analisi economica denomina *new properties*⁹⁰), anche a seconda di come l'ordinamento giuridico disciplina l'esercizio del relativo potere in capo all'autorità amministrativa, incidono dal punto di vista economico.

Nella maggior parte dei casi, il presupposto economico per ricorrere all'istituto della concessione amministrativa è dato dall'esistenza di risorse scarse (lido del mare, risorse idriche, infrastrutture ferroviarie ecc.), delle quali bisogna regolare l'accesso e l'uso.

⁸⁹ Sulla differenza tra efficacia ed efficienza cfr. C.M. RADAELLI, voce *Efficienza*, in G. CAPANO - M. GIULIANI (a cura di), *Dizionario di politiche pubbliche*, Roma, 1996, p. 112, secondo cui «generalmente l'efficienza non può essere considerata una condizione necessaria e nemmeno sufficiente per l'efficacia. Il controllo di efficacia, al contrario, si presenta nella valutazione delle politiche come una precondizione, una priorità logico-concettuale, per poter assegnare significato alla dimensione dell'efficienza». Per R. BETTINI, *Il principio d'efficienza in scienza dell'amministrazione*, Milano, 1968, pp. 82-83, la nozione di efficacia è da distinguersi nettamente da quella di efficienza. L'efficacia, secondo l'A., è la relazione tra i risultati conseguiti e gli obiettivi prefissati in sede di pianificazione delle risorse.

⁹⁰ Per una completa disamina si v. C. REICH, *The new property*, in *Yale Law Journal*, 1964, pp. 733-787. Nella dottrina italiana cfr. F. PULITINI, *Logica economica e strutture dei diritti. Le new properties e il decentramento delle scelte pubbliche*, in G. DE NOVA - B. INZITARI - G. TREMONTI - G. VISENTINI (a cura di), *Dalle res alle new properties*, Milano, 1991, p. 67.

Come ricorda la dottrina⁹¹, al novero delle concessioni «appartiene un'intera categoria di fattispecie, differenti per oggetto, per contenuto e per effetto, caratterizzata unitariamente solo per il fatto che l'Amministrazione arricchisce di utilità la sfera giuridica del concessionario»⁹².

Le concessioni, nell'ottica giuseconomica, vengono interpretate come atti decisori mediante i quali la pubblica amministrazione assegna utilità riservate o scarse, ossia sottratte alla libera disponibilità dei privati, a uno o più soggetti per fini di godimento personale (la cittadinanza) o di sfruttamento commerciale (le risorse idriche)⁹³.

Questa concezione, di matrice giuseconomica, non è poi così lontana da quella secondo la quale «carattere comune di tali provvedimenti è l'effetto, che è loro proprio, di conferire a una o più persone estranee all'amministrazione nuove capacità o nuovi poteri e diritti, dai quali resta ampliata la loro sfera giuridica»⁹⁴.

La concessione ha ad oggetto tipicamente un bene pubblico demaniale (il lido del mare per porre uno stabilimento balneare; il suolo pubblico per l'installazione di un distributore di carburante) o la gestione di un servizio pubblico essenziale in regime di riserva *ex art.* 43 Cost. (come l'erogazione di un servizio idrico, energetico, di trasporto ecc.). L'istituto della concessione, inoltre, è impiegato per la gestione di monopoli fiscali come i giochi e le scommesse d'azzardo o la rivendita di tabacchi e per l'erogazione dei

⁹¹ La dottrina amministrativistica è densa di contributi sull'argomento delle concessioni. Esulando dal presente lavoro una ricostruzione, seppure sommaria, della nozione e delle varie teorie inerenti all'istituto, non può che rinviarsi agli autori che più recentemente hanno trattato il tema. In tal senso si v. D. SORACE - C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, (voce) in *Dig. disc. pubbl.*, IV, 1989, p. 280 ss.; F. LEDDA, *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in *Foro amm.*, 1997, p. 1273 ss.; B. MAMELI, *Servizio pubblico e concessione. L'influenza del mercato unico sui protezionistici e regolamentati*, Milano, 1998, p. I ss.; B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008, p. I ss.; M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli 1981, p. I ss.; ID., *Concessioni e concorrenza*, in *Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Roma, 1998, *passim*; ID., *Per la riforma e la valorizzazione delle concessioni*, in U. MATTEI - E. REVIGLIO - S. RODOTÀ (a cura di), *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna, 2007, p. 286 ss. Nella dottrina amministrativistica, in chiave giuseconomica, per tutti, si v. M. CAFAGNO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche: scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013, pp. I-XII e p. 1 ss.

⁹² Così cfr. F.G. SCOCA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in F. ROVERSI MONACO (a cura di), *Le concessioni di servizi*, Rimini, 1988, p. 28. In passato si v. G. PASINI - L. BALUCANI (a cura di), *I beni pubblici e le relative concessioni*, Torino, 1978, in part. pp. I-XV; G. LEONE, *Opere pubbliche tra appalto e concessione*, 1983, Padova, p. I ss.

⁹³ Un'analisi è offerta da E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità: la risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazioni e concessioni*, Milano, 2012, in part. pp. I-XXIII. L'A. spiega come, dietro la generalizzazione della demanialità delle acque, si possa identificare l'attribuzione al soggetto pubblico di una funzione «custodiale» su un bene comune. Particolarmente interessante è l'indagine che Boscolo conduce onde verificare se vi è, e vi possa essere, un passaggio da un sistema di amministrazione fondato sullo strumento concessorio a un modello di governo informato al principio della pianificazione. In tal senso l'A. mette in rilievo come le concessioni subiscano una revisione strutturale, che ne postula la revocabilità (senza indennizzi per i concessionari) per ragioni di ordine ambientale. In ottica giuseconomica si colgono tutti i problemi di organizzazione di un efficiente servizio distributivo, capace di una autentica «universalità-abbordabilità», onde garantire con effettività il «diritto all'acqua» di ciascun individuo.

⁹⁴ Così, in passato, G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, p. 261.

finanziamenti pubblici come gli incentivi monetari alle imprese o l'erogazione di borse di studio, di assegni o altri sussidi agli studenti bisognosi e meritevoli (art. 34, comma 3, Cost.), nonché per l'attribuzione di utilità non economiche come il conferimento della cittadinanza allo straniero.

La concessione, essendo un provvedimento ampliativo della sfera privata, incide anche sul benessere della collettività arricchendo il patrimonio di un individuo in via diretta (come nel caso dell'assegnazione di un incentivo, di una borsa di studio ecc.), in via indiretta (come nel caso della concessione del lido del mare o di un'attività riservata, dal cui sfruttamento economico si ricavano utili di gestione a carico degli utenti) o personale (come nella concessione della cittadinanza).

Dal momento che, come detto, regolano l'accesso e l'uso di risorse scarse, le concessioni amministrative devono garantire la fruizione collettiva – diretta e indiretta – e il miglior uso dei beni, evitando inefficienze e discriminazioni⁹⁵. Le concessioni, in sostanza, devono evitare che si generino fenomeni di sovraconsumo e di cattivo impiego delle risorse pubbliche, che finirebbero per determinare un depauperamento e ridimensionamento delle risorse stesse a danno della collettività⁹⁶.

Stabilendo l'assegnazione di una risorsa pubblica, idonea ad accrescere la sfera patrimoniale privata, si è affermato il principio secondo il quale il rilascio di concessioni amministrative deve avvenire a seguito di procedure concorsuali ad evidenza pubblica⁹⁷. La concessione mediante il c.d. affidamento diretto⁹⁸, facendo venire meno l'assegnazione del bene mediante gara, causerebbe effetti distorsivi a danno della concorrenza fra imprese, i quali effetti comprometterebbero, nel medio e lungo periodo, anche il benessere dei cittadini-utenti del bene pubblico⁹⁹.

⁹⁵ Per quanto riguarda la tutela giurisdizionale in tema di appalti dal punto di vista giuseconomico cfr. M. MENSI, *Appalti servizi pubblici e concessioni: procedure di gara, tutela amministrativa e processuale a livello comunitario e nazionale*, Padova, 1999, pp. I-XXIV.

⁹⁶ Sul punto cfr. G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, 162, 1968, p. 1243 ss.

⁹⁷ Sull'argomento dell'affidamento diretto mediante l'istituto dell'*in house providing* si v. R. CAVALLO PERIN - D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 51 ss.; E. SCOTTI, *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di giustizia*, in *Foro amm. CdS*, 2005, p. 665 ss.; ID., *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, *Dir. amm.*, 2005, p. 915 ss.; M. MAZZAMUTO, *Brevi note su normativa comunitaria e in house providing*, in *Dir. un. eur.*, 2001, p. 537 ss.; C. ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, p. 494 ss.; M. CAPANTINI, *Contratto di servizio ed affidamenti in house*, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, p. 801 ss.; G. GRECO, *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti «in house»: ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in *Le società pubbliche*, Padova, 2004, *passim*. Nella letteratura francese si v. J. ARNOULD, *Les contrats de concession, de privatisation et de services «in house» au regard des règles communautaires*, in *Rev. fr. droit adm.*, 2000, 1, p. 2 ss. In quella anglosassone si v. A. BARTOSCH, *The relationships between public procurement and the state aid surveillance. The toughest standard applies*, in *Common Market Law Review*, 2002, p. 551 ss.

⁹⁸ In tal senso cfr. E. FERRI, *Le scelte discrezionali della pubblica amministrazione nell'affidamento di appalti di opere e lavori pubblici, concessioni e forniture*, Modena, 1994, p. 1 ss.

⁹⁹ Sul punto v. F. RASPADORI (a cura di), *Gli enti territoriali di fronte alla sfida della modernizzazione di appalti e aiuti di Stato*, in *Atti del seminario "Appalti, concessioni e aiuti di Stato: una Guida europea per l'affidamento e la gestione dei servizi di interesse economico e dei servizi sociali di interesse generale"*, Foligno, 10 ottobre 2013, p. 1 ss.

Altra questione delicata riguarda la durata ottimale delle concessioni che deve, in generale, contemperare due diversi interessi. Da una parte, la durata deve essere sufficientemente ampia a garantire che il concessionario copra i costi sostenuti attraverso i ricavi ottenuti dalla gestione del bene o del servizio. Dall'altra, la durata della concessione non deve protrarsi per un arco temporale eccessivamente lungo, per non disincentivare le dinamiche competitive proprie della concorrenza e i probabili comportamenti opportunistici e abusivi dei concessionari¹⁰⁰.

Si pensi, in quest'ultimo caso, alla possibilità che le pubbliche amministrazioni concedenti proroghino *ab libitum* le concessioni per l'utilizzo economico del lido del mare¹⁰¹ alle imprese concessionarie (stabilimenti balneari)¹⁰². Il risultato non sarebbe insignificante sotto l'aspetto giuseconomico, giacché tali imprese godrebbero, a livello giuridico, di una situazione di oligopolio e, a livello economico, di una rendita fissa. La *prorogatio ad infinitum* della concessione del bene pubblico, in sostanza, genererebbe dinamiche anticompetitive e distorsive della concorrenza fra imprese¹⁰³; ciò perché la posizione oligopolistica dell'impresa concessionaria, assicurata dalla continua proroga del provvedimento concessorio da parte della pubblica amministrazione, non incentiva l'impresa a tenere comportamenti virtuosi o, peggio, spinge

¹⁰⁰ In argomento si v. M. COLANGELO, *Creating Property Rights. Law and Regulation of Secondary Trading in the European Union*, Leiden-Boston, 2012, *passim*.

¹⁰¹ Per l'argomento delle concessioni del demanio marittimo, non senza spunti di rilievo giuseconomico, si v. L.R. PERFETTI, *Diritto di insistenza e rinnovo della concessione di pubblici servizi*, in *Foro amm. CdS*, 2003, p. 621 ss.; F. DI LASCIO, *Concessioni di demanio marittimo e tutela della concorrenza*, in *Foro amm. Tar.*, 2009, p. 787 ss.; G. MANGIALARDI, *Obbligatoria la gara per il rinnovo di concessione demaniale*, in *Urb. app.*, 2009, p. 1209 ss.; S. VILLAMENA, *Concessioni demaniali marittime e concorrenza. Profili ricostruttivi e modalità operative*, in G. LAMI (a cura di), *Le concessioni demaniali marittime tra passato presente e futuro*, Padova, 2010, p. 83 ss.; A. MONICA, *Le concessioni demaniali marittime in fuga dalla concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, p. 437 ss.

¹⁰² Sul punto si v. l'interessante M. DE BENEDETTO (a cura di), *Spiagge in cerca di regole. Studio d'impatto sulle concessioni balneari*, Bologna, 2011, p. 1 ss. Gli AA. affrontano, tra i vari temi, la «tormentata vicenda della determinazione dei canoni concessori; il complesso assetto che deriva dalla pluralità di livelli di governo coinvolti nella pianificazione, regolazione e gestione delle concessioni di spiaggia; le questioni di rilevanza antitrust». Lo studio suggerisce la revisione della disciplina dell'intera materia delle concessioni balneari, che, secondo l'impostazione seguita, non dovrebbe più essere limitata al c.d. federalismo demaniale (che interviene quale mero trasferimento del titolo proprietario del demanio marittimo). Ciò, secondo gli AA., dovrebbe avvenire alla luce di una serie di principi volti ad affermare: «la più ampia partecipazione ai procedimenti di pianificazione costiera; un contesto regolatorio trasparente ed aperto alle imprese; la concorrenza; la certezza degli introiti da concessioni; la piena funzionalità del Sistema informativo del demanio; una ripartizione dei canoni commisurata all'effettivo carico della gestione amministrativa».

¹⁰³ Sul punto è interessante osservare come la sentenza della Corte UE, sez. V, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa e Melis*, sia intervenuta, in Italia e in altri paesi europei, sull'annosa questione della proroga delle concessioni demaniali-marittime ritenendo illegittime, perché lesive dei principi comunitari di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi. In particolare in Italia le pubbliche amministrazioni avevano prorogato agli attuali gestori (in modo automatico e sino al 31 dicembre 2020) le concessioni demaniali-marittime scadute degli stabilimenti balneari. Per una ricostruzione della vicenda si rinvia a: C. BENETAZZO, *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento*, in *Federalismi*, 25/2016, p. 3 ss.; M. MAGRI, «Direttiva Bolkestein» e legittimo affidamento dell'impresa turistico balneare: verso una importante decisione della Corte di Giustizia U.E., in *Riv. giur. ed.*, 2016, p. 359 ss.

questa a tenere condotte abusive o illegittime, comunque inefficienti, a danno degli utenti del bene demaniale e quindi della collettività.

6.3. Autorizzazioni

Una valutazione giuseconomica è insita anche nelle autorizzazioni amministrative¹⁰⁴, con le quali l'azione dei pubblici poteri, nel quadro dell'attuale economia di mercato, condiziona in vario modo l'esercizio delle attività da parte di privati e delle imprese al fine di evitare che le attività si svolgano in modi pregiudizievoli per i terzi e per la collettività¹⁰⁵.

In particolare, con le autorizzazioni e gli altri atti decisorii cc.dd. di assenso (permessi, nullaosta, licenze ecc.) la pubblica amministrazione rimuove un limite allo svolgimento di un'attività che il privato ha in astratto il diritto di esercitare, ma che in concreto non può intraprendere ove prima non abbia richiesto e ottenuto dall'autorità amministrativa un apposito titolo abilitativo. Con tali tipologie di decisione dell'autorità amministrativa si può dire che s'instaura nel sistema giuridico un regime di «divieto salvo permesso»¹⁰⁶, che, incidendo sull'iniziativa economica dei privati, crea una barriera all'ingresso nel mercato di riferimento.

Tramite le autorizzazioni, in sostanza, l'ordinamento giuridico assegna all'amministrazione una «funzione precauzionale»¹⁰⁷ di verifica circa la compatibilità delle attività economiche dei privati con altri interessi pubblici giuridicamente tutelati (salute, sicurezza, ambiente ecc.), così come previsto dall'art. 41, comma 2, Cost.¹⁰⁸. In un'economia di mercato, invero, il potere amministrativo mediante una funzione di tipo precauzionale condiziona le attività degli attori economici allo scopo di evitare che da queste attività possano prodursi effetti dannosi (esternalità negative) per i terzi e la comunità.

Tuttavia le autorizzazioni, per loro natura, incidono sull'economia generando elevati costi di transazione (in termini di oneri, di tempo, di risorse ecc.) in capo agli attori economici che intendono intraprendere l'attività. Nell'ottica di abbattere i costi connessi al regime autorizzatorio l'ordinamento dell'Unione europea ha prescritto, attraverso la direttiva 2006/123/CE¹⁰⁹ (c.d. direttiva sui servizi del mercato

¹⁰⁴ Per l'argomento dell'autorizzazioni amministrative, tra molti, si v.: F. FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 1996, p. 1 ss.

¹⁰⁵ Sul punto cfr. G. VON WANGENHEIM, *Games and Public Administration. The Law and Economics of Regulation and Licensing*, Cheltenham, 2004, *passim*.

¹⁰⁶ Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2014, p. 19.

¹⁰⁷ F. TRIMARCHI BANFI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰⁸ Sul punto cfr. G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, cit., p. 163 ss., che parla di «autorizzazioni condizionate».

¹⁰⁹ Cfr. M.A. SANDULLI, *Dalla d.i.a. alla s.c.i.a.: una liberalizzazione "a rischio"*, in *Riv. giur. ed.*, 2010, p. 465, dove è spiegato come con la s.c.i.a. «dal classico modello dell'assenso preventivo, affidato a provvedimenti amministrativi di abilitazione, autorizzazione, permesso, nulla-osta o altri atti di assenso comunque denominati, il nostro legislatore è passato, con la l. n. 241 del 1990 e s.m.i., ad un sistema "misto"». Secondo l'Autrice «accanto a tale

interno¹¹⁰), agli Stati membri la semplificazione delle procedure e la riduzione dei regimi autorizzatori¹¹¹, concependo così il modello del divieto salvo permesso come eccezionale rispetto al modello semplificato¹¹².

La direttiva servizi, più in dettaglio, ha dato avvio nell'Unione europea ad una nuova politica di liberalizzazione delle attività economiche di cittadini e imprese¹¹³. In questa prospettiva, anzitutto, la direttiva è tesa a garantire la libertà di stabilimento ai sensi dell'art. 49 TFUE (*ex* art. 43 TCE) e il diritto di prestare servizi all'interno dell'Unione come previsto dall'art. 56 TFUE (*ex* art. 49 TCE), provvedendo così ad eliminare le barriere che si pongono d'ostacolo per lo sviluppo del settore dei servizi. Tale direttiva, a ben vedere, origina anche dalla consapevolezza del legislatore comunitario circa il fatto che «una maggiore competitività del mercato dei servizi è essenziale per promuovere la crescita economica e creare posti di lavoro nell'Unione europea» (considerando 2).

Vero è che l'obiettivo principale è stato quello di fare ordine nella disciplina amministrativa e di inserire nuove ed essenziali regole in vista dell'ampliamento della libertà dei cittadini e delle imprese che intendono investire nel settore pubblico. Per tale ragione l'approccio seguito del legislatore comunitario è stato di tipo generale, ossia indirizzato a dare una cornice giuridica al fine di «assicurare la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi tra gli Stati membri» (considerando 12). Per realizzare ciò, la direttiva europea sui servizi del mercato interno ha inteso ridurre in maniera drastica i regimi

tipo di controllo preventivo, di cui è stata peraltro progressivamente ampliata la possibilità di sostituzione con un silenzio avente valore implicito di accoglimento (c.d. silenzio-assenso)» il legislatore ha introdotto in modo non sempre opportuno in luogo del regime autorizzatorio l'istituto della s.c.i.a., il quale, tuttavia, si è rivelato «uno strumento che [...] non ha ancora trovato una sua chiara sistemazione dogmatica e il cui utilizzo lascia pertanto tuttora aperti una serie di problemi, sostanziali e processuali».

¹¹⁰ Sulla direttiva servizi cfr. A. ARGENTATI, *La storia infinita della liberalizzazione dei servizi in Italia*, in *Mercato concorrenza regole*/a. XIV, n. 2, agosto 2012, p. 337 ss., secondo la quale la direttiva relativa ai servizi nel mercato interno si proponeva di concorrere a liberalizzare le attività di servizi; in ragione di ciò tale direttiva «assumeva rilievo nella prospettiva della riforma pro-concorrenziale della regolazione che era in grado di innescare. Oltre, infatti, a introdurre elementi di semplificazione a beneficio dell'attività transfrontaliere delle imprese, la stessa sollecitava un mutamento delle modalità tradizionali di disciplina del settore i) circoscrivendo la possibilità per gli Stati di limitare in via amministrativa l'accesso ai servizi (e spogliando i legislatori della piena discrezionalità nel decidere cosa deve ritenersi di interesse generale); ii) obbligando gli stessi Stati a procedere a una revisione capillare di tutti i regimi di accesso e di esercizio; iii) introducendo un innovativo processo di valutazione multilaterale tra gli Stati volto ad eliminare le previsioni incompatibili con il diritto comunitario» (p. 338).

¹¹¹ Sul punto si v. N. LONGOBARDI, *Attività economiche e semplificazione amministrativa. La "direttiva Bolkestein" modello di semplificazione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2009, p. 712 s.

¹¹² F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 19 ss.

¹¹³ In dottrina cfr. M. D'ALBERTI, *Riforma della regolazione e promozione della concorrenza*, in G. TESAURO, M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, p. 172 ss.; G. GALLI, S. CASSESE (a cura di), *L'Italia da semplificare*, I, *Le Istituzioni*, Bologna, 1998; G. AMATO, L. LAUDATI (a cura di), *The Anticompetitive Impact of Regulation*, Edward Elgar, 2001; M. LIBERTINI, *La regolazione amministrativa dei mercati*, in F. GALGANO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, vol. IV, Padova, 1979, p. 469.

autorizzatori¹¹⁴ che negli Stati membri (Italia in primis), avevano assunto dimensioni tali da risultare particolarmente gravosi per lo svolgimento delle attività economiche di cittadini e imprese.

Vero è che se si guarda alla nostra realtà amministrativa non sono pochi i regimi di controllo sullo svolgimento di attività economiche private che teoricamente l'ordinamento prevede “a monte” come libere in base all'art. 41, comma 1, della Costituzione. Si pensi, in tal senso, alle autorizzazioni previste per l'esercizio dell'attività industriale, commerciale o agricola, per la distribuzione di prodotti alimentari, per l'erogazione dei farmaci, per la fornitura di carburante, per la somministrazione di energia o per l'attività di trasporto. L'amministrazione, in sostanza, deve solo verificare che tutte le summenzionate attività economiche non producano esternalità negative tali da arrecare danno agli interessi della collettività.

In ultima analisi va detto che le autorizzazioni a scopo precauzionale, sebbene non abbiano fini allocativi per la mancanza di un oggetto propriamente economico, determinano comunque effetti che incidono per loro natura sull'economia, generando elevati costi di transazione in termini di tempo e risorse su cittadini e imprese che intendono intraprendere la propria attività in una determinata area di mercato, nonché sulla stessa amministrazione che deve sopportare l'onere relativo all'istruzione del procedimento.

7. “Non-decisione”, semplificazione ed efficienza

Se ora si prova a focalizzare l'attenzione sulla semplificazione della decisione amministrativa come meccanismo in grado di apportare un apprezzabile aumento di efficienza al procedimento, si osserverà che quest'ultima riguarda fundamentalmente i casi in cui la legge contempla modi alternativi di conclusione della procedura amministrativa: vale a dire quelle fattispecie che qui, come anticipato in premessa, chiameremo di “non-decisione”, in virtù del fatto che l'amministrazione non conclude il procedimento attraverso i tipici moduli provvedimentali.

Si tratta, tanto per restare all'argomento delle autorizzazioni amministrative da ultimo richiamate, di fattispecie in cui viene operata una inversione alle tipiche fasi del procedimento amministrativo, così come accade nell'istituto della s.c.i.a.¹¹⁵ (art. 19 l. n. 241/1990), dove la decisione dell'autorità,

¹¹⁴ In dottrina per quanto concerne specificatamente la riduzione dei regimi amministrativi attinenti agli istituti disciplinati dagli artt. 19 e 20 l. n. 241/1990 ad opera dell'influsso comunitario e particolarmente dell'affermarsi del principio di concorrenza si v. A. ROMANO, *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della legge 241 del 1990: divagazioni sull'autonomia dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 489 ss.

¹¹⁵ Sull'istituto si v. M.A. SANDULLI, *Denuncia di inizio attività*, in *Riv. giur. ed.*, 2004, p. 121 ss.; ID., *Dalla d.i.a. alla s.c.i.a.: una liberalizzazione a rischio*, cit., p. 465 ss.; ID., *Il regime dei titoli abilitativi edilizi tra semplificazione e contraddizioni*, in *Riv. giur. ed.*, 2013, p. 301 ss.; ID., *La s.c.i.a. e le nuove regole sulle tariffe incentivanti per gli impianti di energia rinnovabile: due esempi di 'non sincerità' legislativa. Spunti per un forum*, in *www.federalismi.it*; ID., *Primissima lettura dell'Adunanza plenaria n. 15 del 2011*, in *Riv. giur. ed.*, 2011, pp. 2-3; ID., *Segnalazione certificata di inizio attività*, in *Libro dell'anno del diritto*, Roma, 2017; ID., *La segnalazione certificata di inizio attività (s.c.i.a.)*, in ID. (a cura di), *Principi e regole dell'azione*

rappresentata dal provvedimento di assenso all'esercizio di una data attività, è sostituita da una dichiarazione da parte del privato interessato, il quale si fa carico di espletare tutti gli adempimenti (certificazioni, asseverazioni ecc.) all'uopo necessari a intraprendere legittimamente l'attività segnalata¹¹⁶. Bisogna dire, in accordo a quanto affermato da una dottrina¹¹⁷, che la legge, benché preveda il privato quale esclusivo *dominus* dell'iniziativa e della relativa istruttoria (art. 19, comma 1, l. n. 241/1990), non liberalizza l'attività¹¹⁸. E ciò, a ben vedere, non accade in quanto è la stessa legge a stabilire che l'attività del privato resti assoggettata al vaglio pubblicistico dell'autorità amministrativa la quale svolge sempre un'obbligatoria funzione di controllo a tutela degli altri interessi in gioco¹¹⁹, e segnatamente di quelli dei

amministrativa, Milano, 2017, p. 215 ss.; A. TRAVI, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro it.*, 1997, V, p. 175; ID., *Semplificazione e tutela del cittadino*, in *Riv. giur. urb.*, 1998, in part. pp. 114-115; ID., *Silenziario-assenso, denuncia di inizio di attività e tutela dei terzi controinteressati*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, p. 16 ss.; ID., *La tutela del terzo nei confronti della d.i.a. (o della s.c.i.a.): il codice del processo amministrativo e la quadratura del cerchio*, in *Foro it.*, 2011, 10/3, p. 517 ss.; N. PAOLANTONIO - W. GIULIETTI, *Art. 19 - Segnalazione certificata di inizio attività - Scia*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., p. 750 ss.; G. GRECO, *La scia e la tutela dei terzi al vaglio dell'adunanza plenaria: ma perché, dopo il silenzio assenso e il silenzio inadempimento, non si può prendere in considerazione anche il silenzio diniego?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 359 ss.; ID., *Ancora sulla scia: silenzio e tutela del terzo (alla luce del comma 6-ter dell'art. 19 l. 241/90)*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 645 ss.; F. LIGUORI, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della d.i.a.-s.c.i.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 1223 ss.; B.G. MATTARELLA, *La Scia, ovvero dell'ostinazione del legislatore pigro*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 1328 ss.

¹¹⁶ M.A. SANDULLI, *Dalla d.i.a. alla s.c.i.a.: una liberalizzazione a rischio*, cit., p. 473. Secondo l'Autrice il problema più grave da risolvere attiene alla natura giuridica del titolo abilitativo che il privato consegue con la presentazione della s.c.i.a. Come già avveniva per l'istituto della d.i.a., la questione centrale è quella di stabilire se l'atto di segnalazione del privato derivi direttamente dalla legge, in conseguenza dell'invio della s.c.i.a. e fermo restando la titolarità dei requisiti e dei presupposti in virtù dei quali è ammessa l'utilizzazione dello strumento, in base ad un modello che mira a sostituire a quello autoritativo il modello «dell'autoresponsabilità dell'amministrato che è legittimato (*rectius* costretto) ad agire in via autonoma (senza cioè la "copertura" del controllo preventivo, valutando sulla base delle proprie competenze e con l'eventuale supporto di propri consulenti l'effettiva sussistenza dei presupposti richiesti dalla normativa in vigore)» ovvero se il decorso del termine assegnato all'amministrazione per l'esercizio del potere di verifica senza che questa abbia rilevato difformità dal modello stabilito dalla legge produca un «effetto tacito di assenso» di rilievo pubblicistico». In tal senso, secondo l'A., «abbracciando la prima opzione, secondo l'orientamento nettamente prevalente anche in giurisprudenza, l'unica forma di tutela del terzo controinteressato alla produzione dell'effetto abilitativo (ferma, evidentemente, la possibilità di adire il giudice penale nei casi in cui l'esercizio abusivo dell'attività intrapresa avesse rilevanza penale) era stata inizialmente individuata nella possibilità di sollecitare l'intervento inibitorio/sanzionatorio dell'amministrazione, maturando così il titolo per esperire un ricorso avverso l'eventuale silenzio (inadempimento) di quest'ultima».

¹¹⁷ F. TRIMARCHI BANFI, *Il "terzo" nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 25 ss.

¹¹⁸ Per lo sviluppo della tesi della s.c.i.a. come istituto di semplificazione e non di liberalizzazione sia consentito rinviare a D. VESE, *La segnalazione certificata di inizio attività come modello di semplificazione procedimentale*, Pisa, 2016.

¹¹⁹ Sul punto cfr. N. LONGOBARDI, *Liberalizzazioni e attività di impresa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2013, 603 ss., per il quale la liberalizzazione è al contempo un'azione che si serve in misura rilevante di istituti giuridici, non esauendosi però in essi, e un obiettivo da raggiungere «che per le attività economiche generalmente non è una totale libertà, bensì l'apprestare per esse un contesto conforme ai principi di una economia di mercato, che pur sempre richiede controlli di tipo pubblicistico». Secondo l'A., tali controlli sono indispensabili non solo per il corretto funzionamento dei mercati (ad esempio per ragioni di sicurezza e di tutela della concorrenza e dei consumatori), ma anche in vista della tutela degli «interessi pubblici che con la libertà economica possono entrare in conflitto».

terzi controinteressati all'attività altrui e di quelli "diffusi" posti in pericolo dall'esercizio dell'attività altrui e costituiti dai beni propri della collettività¹²⁰ come la salute, la sicurezza, l'ambiente ecc.

In questa prospettiva, qualora dal procedimento di controllo emergano profili d'illegittimità e/o illiceità a carico del privato-dichiarante, viene a riattivarsi l'ordinario processo decisionale dell'autorità amministrativa con l'adozione degli opportuni provvedimenti di sospensione, di inibizione e di divieto dell'attività posta in essere dal privato (art. 19, comma 3, l. n. 241/1990).

È interessante notare che il terzo controinteressato e (ipoteticamente) danneggiato dall'illegittimo/illecito avvio dell'altrui attività possa vantare le sue pretese nei confronti dell'amministrazione in relazione al procedimento di controllo¹²¹.

Il terzo, inoltre, può chiedere al giudice la condanna dell'amministrazione all'esercizio di poteri di autotutela ai sensi dell'art. 19-*nonies* della l. n. 241/1990.

Sul punto occorre notare come l'autotutela¹²², calata nell'ambito del procedimento in esame, si connoti in modo peculiare; e ciò per due ordini di motivi: i) essa non incide su un precedente provvedimento amministrativo, caratterizzandosi dunque per essere un atto di primo grado che deve, però, possedere i requisiti legittimanti l'atto di secondo grado; ii) l'amministrazione, a fronte di una denuncia da parte del

¹²⁰ Sull'argomento del terzo nei rapporti amministrativi si v. R. RESTA, *L'efficacia riflessa degli atti amministrativi negoziali e la competenza del giudice civile*, in *Giur. it.*, 1937, 642 ss.; F.P. MASTROPASQUA, *Il concetto di "terzo" in diritto amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1940, 372 ss.; Id., *I limiti subiettivi di efficacia dell'atto amministrativo*, Milano, 1950; U. FRAGOLA, *Eccesso di potere e riflessione degli atti amministrativi*, in *Foro it.*, 1948, 74 ss.; ID., *Teoria giuridica della riflessione con particolare riguardo agli atti amministrativi*, Napoli, 1950; A. TIGANO, *Considerazioni critiche in tema di intervento del terzo nel processo amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 1988 ss.; G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1962; R. Ferrara, *Il procedimento amministrativo visto dal «terzo»*, cit., 1024 ss.; L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, 2005; F. TRIMARCHI BANFI, *Il "terzo" nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, cit., *passim*; G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Rimini, 2016.

¹²¹ Cfr. G. GRECO, *Ancora sulla s.c.i.a.: silenzio e tutela dei terzi*, cit., p. 662, che qualifica come pretensivo l'interesse del terzo «correlato all'attivazione del potere generale inibitorio». Lo stesso A. afferma come «la posizione del terzo non è quella consueta dell'interesse legittimo pretensivo, che tende – attraverso l'esercizio di poteri ampliativi – a modificare la situazione preesistente. Qui la pretesa è all'esercizio di poteri restrittivi per il dichiarante e, dunque, sostanzialmente a conservare la situazione originaria. Tuttavia la situazione originaria risulta (anche giuridicamente) modificata con la presentazione della s.c.i.a., dato che la relativa attività è *ex lege* consentita, salve le verifiche e i conseguenti interventi repressivi dell'Amministrazione. Sicché il terzo non richiede il mantenimento di tale situazione, sibbene il ripristino di quella originaria».

Per l'inquadramento della posizione del terzo come interesse legittimo di tipo "oppositivo" nel regime della s.c.i.a. si v. L. BERTONAZZI, *Natura giuridica della S.c.i.a. e tecnica di tutela del terzo nella sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 15/2011 e nell'art. 19, comma 6-ter, della legge n. 241/90*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 237, il quale prospetta tale situazione in virtù del fatto che il terzo nel regime semplificato mira a mantenere la condizione giuridica che possedeva prima dell'avvio dell'altrui attività. Su quest'ultimo punto si v. i rilievi di G. GRECO, *op. loc. ult. cit.*, in part. nota 37, dove si osserva che il terzo mirerebbe alla conservazione dello *status quo ante*.

¹²² Sulla fenomenologia dell'autotutela come istituto giuridico si v. M.A. SANDULLI, *Autotutela*, in *Libro dell'anno del diritto*, Roma, 2016; e con particolare riferimento all'annullamento d'ufficio cfr. ID., *Il codice dell'azione amministrativa. Il valore dei suoi principi e l'evoluzione delle sue regole*, in ID. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 11 ss.

terzo, ha l'obbligo di procedere all'accertamento dei requisiti che potrebbero giustificare un suo intervento repressivo, e ciò diversamente da quanto accade in presenza di un normale potere di autotutela¹²³ che si connota per la sussistenza di una discrezionalità che attiene non solo al contenuto dell'atto, ma anche all'*an* del procedere¹²⁴.

Tale opzione interpretativa coniuga in modo più equilibrato le esigenze di semplificazione sottese alla s.c.i.a. con quelle di tutela del terzo¹²⁵. Se quest'ultimo potesse sollecitare i poteri inibitori senza limiti temporali e di valutazione dell'incidenza sulle posizioni del privato che è ricorso a questo modulo di azione verrebbero frustrate le ragioni della semplificazione, in quanto l'interessato, anche molto tempo dopo lo spirare dei sessanta giorni previsti dalla legge per l'esercizio dei poteri in esame, potrebbe essere destinatario di atti amministrativi inibitori dell'intervento posto in essere. La qualificazione del potere come potere di autotutela costituisce invece, da un lato, maggiore garanzia per il privato che ha presentato la s.c.i.a., in quanto l'amministrazione deve tenere conto dei presupposti che legittimano l'esercizio dei poteri di autotutela e, in particolare, dell'affidamento¹²⁶ ingenerato nel destinatario dell'azione amministrativa, dall'altro, non vanifica le esigenze di tutela giurisdizionale del terzo che può fare valere, pur con queste diverse modalità, le proprie pretese¹²⁷.

¹²³ Cfr. M. SINISI, *Il potere di autotutela caducatoria*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, cit., p. 333 ss.

¹²⁴ In giurisprudenza, in questi termini, si v. Cons. Stato, sez. VI, 3 novembre 2016, n. 4610 in *Foro amm.*, 2016, p. 2661 ss.

¹²⁵ Sul tema si v. M.A. SANDULLI, *Dalla d.i.a. alla s.c.i.a.: una liberalizzazione "a rischio"*, cit., pp. 472-273, dove è spiegato come «Le perplessità concernono innanzi tutto la possibilità di intraprendere con una mera segnalazione [...] un'attività subordinata al rilascio di pareri o di verificazioni in assenza della relativa acquisizione (possibilità peraltro già criticabilmente riconosciuta per la d.i.a.) e addirittura di sostituirla con un atto *lato sensu* certificativo di soggetti privati».

¹²⁶ In tal senso cfr. M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della 7 agosto 2015 L. n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, cit., p. 6, secondo la quale «l'oggettiva difficoltà di individuare, all'interno di un intricato e spesso oscuro sistema normativo, la *regula iuris* del caso concreto (testimoniata, oltre che dai continui "correttivi" a leggi appena emanate, dai frequenti contrasti giurisprudenziali e dai numerosi interventi dell'Adunanza plenaria) impone di tutelare (come e forse più degli eventuali controinteressati) coloro i quali (italiani e stranieri) abbiano incolpevolmente intrapreso un'attività nella convinzione di agire nel rispetto della legge, facendo conseguentemente affidamento sui titoli abilitativi espressamente o tacitamente rilasciati dall'amministrazione ovvero formatisi sulla base della propria stessa segnalazione/dichiarazione».

¹²⁷ Si v. Tar Lombardia, Milano, sez. II, 30 novembre 2016, n. 2274, secondo cui il terzo può sollecitare in qualsiasi momento l'esercizio del potere inibitorio; se, infatti, la relativa istanza viene inoltrata entro il termine di sessanta giorni decorrente dalla piena conoscenza della s.c.i.a., l'amministrazione deve esercitare il suddetto potere paralizzando l'attività del dichiarante sulla base del mero riscontro dell'illegittimità di quest'ultima (e i giudici parlano in tal senso di «potere inibitorio puro»). Se invece l'istanza del terzo viene depositata dopo il decorso del suddetto termine, l'amministrazione può intervenire unicamente qualora sussistano i presupposti per l'esercizio del potere di autotutela; il terzo può sempre impugnare l'atto con cui l'amministrazione si pronuncia sulla sua istanza. Il rispetto del termine di sessanta giorni rileva, dunque, al solo fine di stabilire quale tipo di potere l'amministrazione potrà esercitare, giacché, se il terzo interviene tempestivamente, gli deve essere assicurata, ai sensi degli artt. 3 e 24 Cost., una tutela non inferiore a quella di cui avrebbe goduto qualora avesse tempestivamente impugnato un permesso di costruire.

Sul punto, inoltre, per comprendere meglio perché la regolazione dell'attività permane in capo all'autorità pubblica, occorre insistere brevemente sulla differenza che intercorre tra il fenomeno della semplificazione e quello della liberalizzazione¹²⁸.

Accade spesso, infatti, che si usi il termine liberalizzazione come equivalente del termine semplificazione per indicare la soppressione del vaglio preventivo dell'autorità sulle attività economiche dei privati. Tuttavia quest'uso del termine rischia di oscurare la differenza sostanziale che intercorre tra le autorizzazioni a scopo precauzionale e le autorizzazioni che conformano i mercati in base ad un'analisi pubblicistica del bisogno da soddisfare: soltanto l'eliminazione di queste ultime realizza la liberalizzazione dei relativi mercati¹²⁹; in tutti gli altri casi si avrà un fenomeno di semplificazione¹³⁰.

Vero è che con la semplificazione si apporta un alleggerimento del carico burocratico in capo ai privati e alle imprese, non toccando il potere di decisione di cui dispone l'autorità pubblica per adempiere le proprie funzioni. Con la liberalizzazione, invece, si realizza un'apertura dei mercati per favorire la concorrenza fra le imprese¹³¹, mediante la soppressione di barriere e di limiti legali, che, altrimenti diminuendone significativamente l'accesso, riserverebbero l'attività ad un numero ristretto di imprese o anche ad una soltanto.

La liberalizzazione¹³² ha dunque ad oggetto propriamente l'eliminazione di limiti legali posti all'iniziativa dei privati in determinati settori economici¹³³. Attraverso l'abrogazione di leggi che riservano *ad hoc* l'esercizio delle attività lo scopo della liberalizzazione è quello di aprire i mercati alla libera concorrenza¹³⁴.

¹²⁸ Sula differenza tra semplificazione e liberalizzazione si v. G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. amm.*, 2016, spec. p. 118 ss.; si v. pure F. SATTA, *Liberalizzare e semplificare*, in *Dir. amm.*, 2012, p. 177.

¹²⁹ In questi termini si v. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, cit., pp. 21-23.

¹³⁰ Sul punto, per maggiori approfondimenti, sia consentito il rimando a D. VESE, *Semplificazione procedimentale, analisi economica e tutela del terzo*, in *Dir. econ.*, 2016, p. 545 ss.

¹³¹ G. CORSO, *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, cit., p. 3494.

¹³² Sul punto cfr. S. CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 389 ss.; F. SCOCA, *Relazione introduttiva*, in E. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Studi in tema di liberalizzazioni*, Torino 2008, p. 1 ss.

¹³³ Sul punto cfr. A. TRAVI, *La liberalizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, p. 645.

¹³⁴ Sul punto si v. G. CORSO, *Attività amministrativa e mercato*, in *Riv. giur. quad. serv. pubbl.*, 1998, p. 1 ss. Secondo l'A. «la concorrenza è una tecnica di coordinamento delle attività economiche radicalmente alternativa ai programmi e controlli pubblici perché implica un coordinamento spontaneo e decentrato dei comportamenti dei soggetti economici». In ragione di ciò, secondo l'A., la regolazione amministrativa in una economia di mercato aperta e in libera concorrenza può essere solamente di tipo «condizionale». Difatti, con tale tipologia di regolazione «non si stabiliscono i fini e gli obiettivi della condotta privata, ma solo alcune regole di comportamento». Sul punto si v. anche M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino 2000, p. 176 ss.

L'art. 19 l. n. 241/1990, con il meccanismo della segnalazione e secondo la tesi qui seguita¹³⁵, contempla invece un fenomeno di “riduzione” delle decisioni amministrative teso a semplificare l'accesso a determinate attività per coloro che hanno i requisiti prescritti dalla legge.

La permanenza della regolazione amministrativa attraverso il regime amministrativo di controllo e dei connessi poteri di inibizione, conformazione, repressione e ripristino dello *status quo ante* suffragherebbe questa tesi¹³⁶ ed escluderebbe, evidentemente, quella della liberalizzazione¹³⁷. Si tratta di due piani distinti e non sovrapponibili. D'altra parte, un conto è aprire il mercato con leggi che permettono l'ingresso di nuovi attori economici (si pensi alle liberalizzazioni nel settore delle comunicazioni, dei trasporti, delle poste ecc.), altro è permettere di esercitare le attività economiche a chi ne abbia i requisiti. Il primo piano attiene alla tutela della concorrenza, il secondo all'alleggerimento dai vincoli burocratici.

7.1. Efficienza per segnalazione

Come già accennato tra le fattispecie che semplificano la fase provvedimentale, prevedendo una “non-decisione” dell'amministrazione in grado di aumentare significativamente l'efficienza del procedimento, l'esempio cardine è costituito dalla fattispecie dell'art. 19 della l. n. 241/1990¹³⁸.

¹³⁵ A favore della tesi qui sostenuta si v. Corte Cost., 9 maggio 2014, n. 127 la quale sostiene che con la s.c.i.a. ricorra «un modello ad efficacia legittimante immediata, che attiene al principio di semplificazione dell'azione amministrativa ed è finalizzata ad agevolare l'iniziativa economica». In senso conforme si v. anche Corte Cost., 27 giugno 2012, n. 164. Per la giurisprudenza amministrativa, conformemente alla tesi sostenuta, si v. Cons. Stato, sez. IV, 29 luglio 2008, n. 3742, che, con riferimento all'art. 19, definisce il modello della s.c.i.a. propriamente come un «procedimento semplificato ed accelerato». Si v., inoltre, Cons. Stato, sez. VI, 5 aprile 2007, n. 1550, secondo cui «la s.c.i.a. non è uno strumento di liberalizzazione dell'attività, come da molti sostenuto, ma rappresenta una semplificazione procedimentale, che consente al privato di conseguire un titolo abilitativo a seguito del decorso di un termine dalla presentazione della denuncia [...] la liberalizzazione di determinate attività economiche è cosa diversa e presuppone che non sia necessaria la formazione di un titolo abilitativo».

¹³⁶ Per lo svolgimento e l'approfondimento della tesi, mi sia consentito ancora il rimando a D. VESE, *La segnalazione certificata di inizio attività come modello di semplificazione procedimentale*, cit., p. 11 ss.; nonché a ID., *Semplificazione procedimentale, analisi economica e tutela del terzo*, in *Dir. econ.*, 2016, p. 546 ss.

¹³⁷ Tra gli autori generalmente a favore della s.c.i.a. come modello di liberalizzazione si v. B.G. MATTARELLA, *La Scia, ovvero dell'ostinazione del legislatore pigro*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 1328; A. PAJNO, *Gli articoli 19 e 20 della legge 241 prima e dopo la legge 24 dicembre 1993*, n. 537, in *Dir. proc. amm.*, 1994, in part. p. 23; G. VESPERINI, *La semplificazione dei procedimenti amministrativi*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1998, p. 626 ss.; S. CASSESE, *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, 1998, p. 699 ss.

¹³⁸ Nel presente scritto si impiegano le espressioni procedimento per segnalazione e procedimento segnalatorio come equivalenti per indicare la procedura semplificata disciplinata dall'art. 19 l. n. 241/1990.

Qui, a cogliere bene la struttura della fattispecie¹³⁹, una decisione dell'amministrazione precedente viene a mancare del tutto, essendo l'istituto incentrato su di un atto – la segnalazione certificata del privato – che compendia ed esaurisce l'intera vicenda entro cui si svolge la procedura amministrativa¹⁴⁰.

Più esattamente la segnalazione, come prescrive l'art. 19, comma 1, l. n. 241/1990 si sostituisce alle varie determinazioni provvedimentali («autorizzazioni, licenze, concessioni non costitutive, permessi o nullaosta...») di cui il cittadino o l'impresa necessiterebbe presso una pubblica amministrazione per avviare un'attività, realizzare un'opera, svolgere una professione. Con il meccanismo della segnalazione, in altre parole, le decisioni provvedimentali e i relativi procedimenti sono interamente sostituiti da una dichiarazione certificata, con la quale, in virtù del possesso dei requisiti e dei presupposti previsti dalla legge, il privato può avviare, svolgere, esercitare, tutte le attività che l'ordinamento espressamente non vieta.

Occorre osservare come la fattispecie che semplifica la decisione amministrativa ora descritta può essere ricondotta ad un'interpretazione coerente con la Costituzione: difatti, mentre l'assenza del vaglio preventivo e di un provvedimento favorevole dell'autorità sul “se” permettere o meno l'inizio e lo svolgimento di un'attività da parte del privato (art. 19, comma 1, l. n. 241/1990) attua il principio della libertà d'iniziativa economica di cui all'art. 41, comma 1, Cost., la presenza del controllo e di un eventuale provvedimento sfavorevole (art. 19, comma 3, l. n. 241/1990) attua il principio di cui all'art. 41, comma 3, Cost. secondo cui la stessa iniziativa economica, benché libera, «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana».

Nella disciplina vigente cade rispetto al passato lo sbarramento temporale che sussisteva tra l'inizio effettivo dell'attività privata e il vaglio pubblicistico dell'autorità sulla stessa; così statuisce ora l'art. 19,

¹³⁹ Cfr. M.A. SANDULLI, *Dalla d.i.a. alla s.c.i.a.: una liberalizzazione “a rischio”*, cit., p. 466, dove è spiegato come con la s.c.i.a. «il privato viene autoresponsabilizzato a verificare la sussistenza dei presupposti per intraprendere una determinata attività, di cui si limita a comunicare all'amministrazione “l'inizio”, ciò che *ex se* ne legittima l'esercizio, residuando all'amministrazione un potere/dovere di intervento postumo qualora ne riscontri il contrasto con l'ordinamento».

¹⁴⁰ Secondo G. PASTORI, *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Considerazioni introduttive*, in *La disciplina generale del procedimento amministrativo*, Atti del XXXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna-Villa Monastero, 18-20 settembre 1986, Milano, 1989, p. 44 ss., pubblicato ora in ID., *Scritti scelti*, vol. I, Napoli, 2010, p. 403 ss., l'art. 19 della l. n. 241/1990 introduce particolari misure con le quali si mira a sostituire l'«autoamministrazione degli interessati all'atto di consenso dell'amministrazione, allorché l'autorizzazione discenda dal semplice accertamento dei presupposti e dei requisiti di legge» (corsivo aggiunto). La ricostruzione dell'istituto fornita da Pastori, secondo un modello di autoamministrazione, va intesa, come espressamente riferisce l'A., quale «nuova modalità di amministrazione [...] che non esclude ma rende eventuale l'intervento degli organi ed uffici pubblici»; così si legge in ID., *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, 1994, vol. II, p. 1321.

comma 2, l. n. 241/1990¹⁴¹ dove è espressamente previsto che «L'attività oggetto della segnalazione può essere iniziata [...] dalla data della presentazione della segnalazione all'amministrazione competente».

L'impianto normativo dell'art. 19, comma 2 citato appare coerente con l'assenza di una decisione dell'autorità amministrativa sul "se" sia possibile, o meno, svolgere l'attività dichiarata nella segnalazione, giacché è la legge stessa, soprattutto quella d'iniziativa governativa, a prevedere i procedimenti – e, quindi, i provvedimenti – sostituibili dal modello semplificato.

Ed è in questa direzione che va il recente d.lgs. 26 novembre 2016, n. 222¹⁴² (c.d. decreto s.c.i.a. 2), il quale, nell'ottica di semplificare ulteriormente l'applicazione dell'istituto e realizzare quella che potremmo definire una sorta di «mappatura»¹⁴³ delle attività assoggettate a s.c.i.a., all'art. 1 stabilisce «la precisa individuazione delle attività oggetto di procedimento di segnalazione certificata di inizio di attività»¹⁴⁴, predisponendo altresì un'apposita tabella, allegata al decreto, che reca tassativamente le attività e il relativo regime, autorizzativo o semplificato, che deve essere applicato.

Per certi aspetti si tratta di una disciplina in linea con la delega della legge di riforma della pubblica amministrazione (l. n. 124/2015), in virtù del fatto che all'art. 5 della riforma Madia si demandava a successivi decreti la precisa individuazione dei procedimenti oggetto di s.c.i.a. o di silenzio-assenso, nonché di quelli per i quali fosse necessaria l'autorizzazione espressa e di quelli per i quali fosse invece sufficiente una comunicazione preventiva, sulla base dei principi e dei criteri direttivi desumibili dagli stessi articoli, dei principi del diritto dell'Unione europea relativi all'accesso alle attività di servizi e dei principi di ragionevolezza e proporzionalità.

Occorre dire che a completamento del quadro normativo della s.c.i.a. era stato già emanato il primo decreto attuativo dell'art. 5 della legge di riforma del 2015, ossia il d.lgs. 30 giugno 2016, n. 126 (c.d. s.c.i.a. 1).

¹⁴¹ Sul punto cfr. M.A. SANDULLI, *Dalla d.i.a. alla s.c.i.a.: una liberalizzazione "a rischio"*, cit., p. 476, dove è detto che «il termine di sessanta giorni previsto dal legislatore per l'esercizio del controllo costituisce [...] un termine estremamente ed irragionevolmente breve, soprattutto laddove si renda necessaria l'acquisizione di contributi istruttori, pur non particolarmente complessi (ad es., ispezioni, verificazioni e così via): il tenore letterale della disposizione (che fa esplicito riferimento all'accertata carenza dei requisiti e dei presupposti e all'adozione di "provvedimenti motivati di divieto... e di rimozione..." non sembra però lasciare spazio per una interpretazione che legghi il termine al mero avvio della verifica, consentendo la conclusione del relativo procedimento in un momento successivo».

Sempre sullo stesso punto si v. N. PAOLANTONIO - W. GIULIETTI, *La segnalazione certificata di inizio attività*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., p. 748 ss.

¹⁴² Rubricato «Individuazione di procedimenti oggetto di autorizzazione, s.c.i.a., silenzio-assenso e comunicazione e di definizione dei regimi amministrativi applicabili a determinate attività e procedimenti, ai sensi dell'art. 5 l. n. 124/2016» (abbreviazioni mie).

¹⁴³ Per quest'espressione cfr. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2016, p. 527.

¹⁴⁴ Ma anche di «mera comunicazione [...] o di silenzio-assenso, nonché quelle per le quali è necessario il titolo espresso».

Il decreto s.c.i.a. 1, nell'ottica di «garantire certezza sui regimi applicabili alle attività private e di salvaguardare la libertà di iniziativa economica», ha previsto all'art. 1, comma 2, che le attività private non espressamente indicate nella tabella allegata al d.lgs. n. 222/2016, o specificamente oggetto di disciplina da parte della normativa europea, statale e regionale, siano da considerarsi libere.

Il decreto, oltre ad effettuare una ricognizione delle attività private in materia di edilizia, ambiente e commercio, compie così una duplice opera di semplificazione: in primo luogo introducendo regimi meno restrittivi in tali materie, pur nel rispetto delle esigenze di tutela sottese alle disposizioni attualmente in vigore; in secondo luogo, dando attuazione alla «concentrazione dei regimi», di cui all'art. 19-*bis*, l. n. 241/1990, introdotto a sua volta dall'art. 3, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 126/2016¹⁴⁵.

7.2. S.c.i.a. plurima

Sempre nella prospettiva di semplificare e rendere efficiente il procedimento amministrativo, altra importante novità apportata dalla l. n. 124/2015¹⁴⁶ è costituita dalla disciplina dell'art. 19-*bis*¹⁴⁷ l. n. 241/1990 che regola l'istituto della s.c.i.a. plurima¹⁴⁸.

L'art.19-*bis* citato è dedicato a regolare le fattispecie, sinora non disciplinate, di attività soggette a s.c.i.a. che, per il loro svolgimento, necessitano di «altre s.c.i.a., comunicazioni, attestazioni, asseverazioni e notifiche». Con il nuovo istituto il legislatore di riforma s'ispira, come confermato anche dalla rubrica dell'art. 19-*bis* citato, alla «concentrazione dei regimi amministrativi»¹⁴⁹, ossia ad un principio in vista del quale operare una sorta di *reductio ad unum* di tutte le segnalazioni che il privato dovrebbe presentare al fine di svolgere la propria attività.

¹⁴⁵ Cfr. Cons. Stato, comm. spec., parere 21 luglio 2016, n. 262.

¹⁴⁶ Sul punto cfr. R. GAROFOLI - G. FERRARI (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2016, p. 695 ss. La legge di riforma amministrativa del 7 agosto 2015, n. 124 (c.d. riforma Madia) all'art. 5 rubricato «Segnalazione certificata di inizio attività, silenzio-assenso, autorizzazione espressa e comunicazione preventiva» ha delegato il governo ad adottare uno o più decreti legislativi recanti: a) l'introduzione di una disciplina generale delle attività non assoggettate ad autorizzazione preventiva espressa; le modalità di presentazione e dei contenuti standard degli atti degli interessati e di svolgimento della procedura, anche telematica; gli strumenti per documentare o attestare gli effetti prodotti dai predetti atti; b) la precisa individuazione dei procedimenti oggetto di s.c.i.a. o di silenzio-assenso, ai sensi degli articoli 19 e 20 della l. n. 241/1990, nonché di quelli per i quali è necessaria l'autorizzazione espressa e di quelli per i quali è sufficiente una comunicazione preventiva, sulla base dei principi e criteri direttivi desumibili dagli stessi articoli, dei principi del diritto dell'Unione europea relativi all'accesso alle attività di servizi e dei principi di ragionevolezza e proporzionalità. La delega dispone altresì che sia previsto l'obbligo di comunicare ai soggetti interessati, all'atto della presentazione di un'istanza, il termine entro il quale la pubblica amministrazione è tenuta a rispondere oppure il termine entro il quale il silenzio dell'amministrazione equivale ad accoglimento della domanda (silenzio-assenso).

¹⁴⁷ Più esattamente l'art. 19-*bis* è stato inserito dall'articolo 3, comma 2, lett. c) del d.lgs. 30 giugno 2016, n. 126 (c.d. decreto s.c.i.a. 1).

¹⁴⁸ L'espressione è usata da Cons. Stato, comm. spec., parere 30 marzo 2016, n. 839.

¹⁴⁹ Tra i primi commentatori si v. G. VESPERINI, *Quale riforma per le autorizzazioni amministrative?*, in *Gior. dir. amm.*, 2016, in part. p. 156 ss.

La previsione appare importante per il disegno di semplificazione tracciato dal legislatore di riforma, giacché prevede un sistema centralizzato di inoltro e di ricezione delle segnalazioni certificate dei privati. In tal senso l'art. 19-*bis*, comma 1, l. n. 241/1990 prevede che «Sul sito istituzionale di ciascuna amministrazione sia indicato lo sportello unico [...] al quale presentare la s.c.i.a., anche in caso di procedimenti connessi di competenza di altre amministrazioni ovvero di diverse articolazioni interne dell'amministrazione ricevente».

Si tratta, come si diceva, di una disposizione che semplifica la fase di inoltro e di ricezione degli atti di segnalazione certificata, poiché concentra le fasi prodromiche al controllo, che le amministrazioni statali devono effettuare sui requisiti e sui presupposti certificati e dichiarati dai privati e dalle imprese, in un unico punto di accesso, costituito da quello che potremmo enfaticamente definire *sportello unico delle segnalazioni certificate inizio attività*. Tale sportello per le segnalazioni, pur restando formalmente unico, può, come espressamente previsto dalla norma, essere istituito in più sedi della stessa o di altre amministrazioni «al solo scopo di garantire la pluralità dei punti di accesso sul territorio». Così, poniamo, se l'impresa Alfa per esercitare la propria attività economica nel comune di Beta deve presentare una s.c.i.a. per cui è previsto il rispetto delle normative anche del comune di Gamma, potrà avvalersi dello sportello unico – o della sede periferica dello stesso – istituito presso il primo comune.

La semplificazione, come si può vedere, è perseguita sotto un duplice aspetto: da una parte vengono alleggeriti gli oneri di allegazione del cittadino, che così potrà inoltrare la s.c.i.a. – di regola mediante una procedura telematica – allo sportello indicato sul sito dell'amministrazione; dall'altra viene alleggerito il compito degli stessi uffici burocratici che non dovranno più individuare, smistare e inoltrare gli atti di s.c.i.a. ai vari sportelli.

La norma di cui all'art. 19, comma 1, l. n. 241/1990 facilita anche l'individuazione dello sportello nonché la sua funzionalità, giacché prescrive che lo stesso sia indicato sul sito dell'amministrazione e sia organizzato in forma telematica. Tuttavia vi è da rilevare come la disposizione di cui all'art. 19, comma 1 citato sia limitata ai soli casi della s.c.i.a., mentre non viene affrontato il tema del silenzio-assenso¹⁵⁰ che,

¹⁵⁰ E ciò nonostante da tempo la dottrina abbia ampiamente ricostruito la fattispecie di cui all'art. 20 l. n. 241/1990 in questi termini. In dottrina si v. M.A. SANDULLI, *Riflessioni sulla tutela del cittadino contro il silenzio della pubblica amministrazione*, in *Giust. civ.*, 1994, II, p. 485 ss., ID., *L'istituto del silenzio assenso tra semplificazione e incertezza*, in *Nuove autonomie*, 2012, p. 435; A. TRAVI, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985, p. 1 ss.; ID., *Silenzio assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al D.P.R. 26 aprile 1992 n. 300*, in *Foro amm.*, 1993, p. 601 ss.; A. PAJNO, *Gli artt. 19 e 20 della l. n. 241 prima e dopo la l. 24 dicembre 1993, n. 537. Intrapresa dell'attività privata e silenzio dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, p. 40 ss.; G. VESPERINI, *La denuncia di inizio attività e il silenzio assenso*, in *Gior. dir. amm.*, 1/2007, p. 52 ss.; V. PARISIO, *Il silenzio della pubblica amministrazione tra prospettive attive e fattuali, alla luce delle novità introdotte dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15 e dalla l. 14 maggio 2005 n. 80*, in *Foro amm. Tar*, 2006, p. 2798 ss.; M. ANDREIS, *Silenzio-assenso, semplificazione competitiva e D.I.A.: problemi e profili applicativi alla luce dei nuovi articoli 19 e 20 della L. 241/1990, sostituiti dalla L. 80/2005*, Milano, 2005, *passim*; G. MORBIDELLI, *Il*

a rigore, costituisce l'unico vero caso di attività privata non soggetta ad autorizzazione espressa (la s.c.i.a., difatti, concerne solo attività private libere, ancorché conformate, e non sottoposte ad alcun regime autorizzatorio).

7.3. S.c.i.a. unica

Passando all'analisi dell'art. 19-*bis*, comma 2, l. n. 241/1990 può osservarsi come il legislatore abbia approntato una disciplina per i casi, non insoliti nella prassi, in cui per lo svolgimento di un'attività soggetta a segnalazione siano necessarie altre s.c.i.a. (ma ciò vale anche per le comunicazioni, le attestazioni, le asseverazioni e le notifiche). In tali ipotesi, la norma, nell'intento di semplificare il procedimento per segnalazione, riduce gli oneri che privati e imprese dovrebbero sostenere per avviare le proprie attività, operando una riunione dei vari procedimenti non autorizzatori e prescrivendo agli interessati di presentare un'unica s.c.i.a. allo sportello di cui all'art. 19-*bis*, comma 1, l. n. 241/1990.

È il caso della s.c.i.a. unica, la quale dovrebbe riunire in una sola autocertificazione tutti i requisiti e i presupposti necessari per consentire al privato o all'impresa di svolgere l'attività dichiarata nel modo più efficiente possibile. Sarà poi compito dell'amministrazione ricevente inviare alle altre amministrazioni interessate il plico contenente tutti gli atti inerenti al procedimento segnalatorio, al fine di consentire il regolare e tempestivo procedimento di controllo sui requisiti e sui presupposti autodichiarati dal privato, così da assumere le eventuali determinazioni previste dall'art. 19, commi 3 e 6-*bis*, l. n. 241/1990.

A tal riguardo la norma stabilisce un nuovo termine in materia di s.c.i.a. unica, quando prevede che le pubbliche amministrazioni controllanti devono eventualmente adottare provvedimenti di inibizione, di rimozione e di ripristino degli effetti dell'attività illegittimamente posta in essere.

La norma stabilisce che le amministrazioni controllanti si esprimano almeno cinque giorni prima della chiusura del procedimento di controllo (i sessanta giorni fissati dall'art. 19, comma 3, l. n. 241/1990). In tal senso, per consentire a tutte le amministrazioni di eseguire prontamente la verifica dei requisiti e dei presupposti di legge, l'art. 19-*bis*, comma 2 citato obbliga l'amministrazione ricevente la s.c.i.a. unica a trasmettere immediatamente il plico contenente le varie s.c.i.a. alle altre amministrazioni interessate, al fine di consentire a queste ultime, per quanto di loro competenza, di presentare le eventuali proposte motivate all'adozione dei provvedimenti inibitori.

Sulla natura del nuovo termine, infine, è ragionevole ritenere che esso sia un termine non perentorio, ma ordinatorio e di tipo endoprocedimentale, tramite il quale il legislatore ha voluto assegnare un riferimento temporale alle amministrazioni controllanti, affinché le stesse non si risolvano a presentare le proprie

silenzio-assenso, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), Napoli, 2006, p. 265 ss.

proposte di determinazione a ridosso dell'ordinario termine di sessanta giorni previsto per la chiusura del procedimento di verifica. Del resto è la stessa lettera della norma a suggerire questa interpretazione, dal momento che viene usata l'espressione «almeno cinque giorni prima», senza però che si rafforzi il periodo con un'esplicita ipotesi di decadenza.

Tale interpretazione, tuttavia, si porrebbe in controtendenza rispetto all'enfasi posta sul profilo temporale da parte delle recenti riforme, soprattutto per il fatto che il tempo, come visto, rappresenta uno dei punti di forza, in chiave giuseconomica, nella prospettiva dell'efficienza. Come si è detto nella parte dedicata all'accelerazione del procedimento, nella prospettiva giuseconomica si considera la dilatazione temporale uno dei principali sintomi di inefficienza da cui è affetta la decisione amministrativa. Laddove la dilatazione del tempo non fosse adeguatamente prevenuta, potrebbe arrecare, nei casi più gravi di ritardo da parte delle amministrazioni, ingenti perdite di risorse economiche a danno dei privati. Quest'ultima considerazione si è tradotta spesso in un susseguirsi di riforme della disciplina del procedimento che hanno avuto come principale obiettivo la netta accelerazione dei tempi dell'azione e della decisione amministrativa, perseguita per lo più con marcate riduzioni delle fasi procedurali e con l'ampia predisposizione di termini perentori in ordine ai quali le pubbliche amministrazioni devono iniziare, valutare, controllare, definire e, soprattutto, «provvedere tempestivamente»¹⁵¹.

7.4. R.i.a.

L'art. 19-*bis*, l. n. 241/1990 sempre al fine di ridurre in modo sostanziale la complessità del procedimento segnalatorio, al comma 3 disciplina quella che, sempre con parole dei giudici del Consiglio di Stato, potrebbe definirsi significativamente "r.i.a.", ossia "richiesta di inizio attività"¹⁵².

La norma stabilisce che laddove l'attività oggetto del procedimento per segnalazione, di cui all'art. 19, comma 1, l. n. 241/1990, sia condizionata all'acquisizione di atti di assenso o a pareri di altri uffici e di amministrazioni o, ancora, all'esecuzione di verifiche preventive, l'interessato è tenuto a presentare una vera e propria istanza (e non più, quindi, una mera segnalazione) allo sportello unico di cui all'art. 19-*bis*, al comma 1, l. n. 241/1990 a seguito della quale si attiverà un ordinario procedimento amministrativo con rilascio di una ricevuta di conferma ai sensi dell'articolo 18-*bis* della stessa legge. In tali casi la norma prevede la convocazione di una conferenza di servizi, ai sensi degli artt. 14 ss. l. n. 241/1990, il cui termine per la convocazione della conferenza stessa decorre dalla data di presentazione dell'istanza. Ultima prescrizione che la norma impone è che l'inizio dell'attività soggetta a r.i.a. rimanga subordinato al rilascio

¹⁵¹ Per quest'espressione v. A. COLAVECCHIO, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, cit., p. 13 ss.

¹⁵² Cfr. Cons. Stato, comm. spec., parere 30 marzo 2016, n. 839, punto 11.3.3.

degli atti autorizzatori, di cui lo sportello unico dell'amministrazione ricevente dà comunicazione all'interessato.

Come si può notare, la disciplina dettata all'art. 19-*bis*, l. n. 241/1990, prevede l'uso del modulo procedimentale della conferenza di servizi per l'ipotesi in cui l'efficacia della s.c.i.a. abbia come presupposto non soltanto i requisiti frutto di autodichiarazioni e autocertificazioni del privato, ma uno o più provvedimenti di autorizzazione che devono essere rilasciati a cura della stessa o di altre amministrazioni coinvolte dal procedimento segnalatorio.

Ciò, nondimeno, è tutt'altro che infrequente nella prassi. Si pensi al caso in cui l'attività economica che il privato intende svolgere ricada in un'area sottoposta a vincolo paesaggistico, per cui occorre il rilascio di un'apposita autorizzazione. Oppure al caso più complesso in cui l'apertura di un agriturismo, mediante un procedimento per segnalazione, sia subordinata tanto al rilascio della licenza alimentare da parte dell'azienda sanitaria locale, quanto all'autorizzazione paesaggistica dell'ufficio urbanistica del comune in cui dovrà sorgere la struttura alberghiera.

In questi casi, come si può percepire, per avviare la propria attività mediante il regime semplificato della s.c.i.a. non basterà autocertificare requisiti e presupposti di legge, ma occorrerà che il privato si munisca di tutti gli altri atti di assenso, presupposti al valido avvio dell'attività (autorizzazioni, licenze, permessi, nullaosta ecc.), senza la presenza dei quali l'esercizio dell'attività stessa risulterà illegittimo, giustificando, in questo modo, l'intervento dell'amministrazione ricevente la s.c.i.a. unica, la quale, in forza delle disposizioni sanzionatorie degli artt. 19 e 21, l. n. 241/1990, dovrà adottare i provvedimenti inibitori e ripristinatori dell'attività abusivamente avviata.

Il nodo che la legge intende sciogliere con la disciplina della r.i.a è sostanzialmente costituito dal fatto che l'applicazione della s.c.i.a. unica, per essere realmente unica ed efficiente, deve consistere in un meccanismo ottimale di riduzione della complessità amministrativa, altrimenti rischierebbe di rivelarsi un altro fardello burocratico sia per i cittadini e le imprese, che per gli stessi uffici amministrativi.

Oltre all'attuale soluzione regolatoria, in fase di redazione del testo di legge, sono state vagliate altre due opzioni, oggetto di discussione anche da parte del Consiglio di Stato in sede d'esame della bozza di decreto e di cui ora si darà conto¹⁵³.

¹⁵³ Cons. Stato, comm. spec., parere 30 marzo 2016, n. 839, punto 11.3.3, punto 11.3.

7.5. S.c.i.a. pura/non-pura

La prima opzione, che consisteva nella c.d. s.c.i.a. pura, prevedeva di scartare espressamente le fattispecie in cui occorreva ottenere atti di assenso presupposti, concentrando la norma solo sulle fattispecie di s.c.i.a. *ex art. 19, comma 1, l. n. 241/1990*.

La seconda opzione considerava anche i casi di s.c.i.a. subordinata all'acquisizione degli atti di assenso presupposti da parte del privato.

Venendo ad alcune considerazioni sulle tre alternative regolatorie, si può agevolmente notare come la prima opzione – con la scelta di limitare espressamente la s.c.i.a. ai casi in cui l'attività privata sia subordinata al solo possesso di requisiti predeterminati e non anche ad altri atti di assenso che ne condizionano l'efficacia (s.c.i.a. pura) – costituisce la soluzione più lineare.

Quest'ultima via, infatti, tiene conto del fatto che il regime ordinario della s.c.i.a. postula logicamente e normativamente l'assenza di atti di assenso (autorizzazioni, permessi, licenze, nullaosta ecc.) tra i suoi presupposti, lasciando integralmente intatta la portata semplificativa dell'istituto.

In adesione a tale prima opzione, in effetti, il riferimento alla conferenza di servizi, ossia ad un modello di gestione di procedimenti autorizzatori per definizione complessi, non appare del tutto convincente, proprio perché comprometterebbe in radice il disegno efficientistico messo a punto dal legislatore, appesantendo senza valide e contro-efficientistiche ragioni la procedura segnalatoria.

Ad ogni modo tale opzione apporterebbe comunque una notevole diminuzione delle attività soggette a s.c.i.a., poiché quest'ultime si raggrupperebbero nei soli casi di s.c.i.a. pura, e cioè, come detto, nei casi in cui il meccanismo prevede solo il possesso di requisiti e di presupposti di fatto e non anche di provvedimenti autorizzatori.

La seconda soluzione, che continua a ricomprendere nella procedura di s.c.i.a. anche le fattispecie di segnalazione aventi come presupposto un atto di autorizzazione (s.c.i.a. non-pura), per essere realmente efficiente, oltre che efficace, avrebbe dovuto specificare che l'atto abilitativo presupposto andava conseguito in un momento anteriore alla presentazione della s.c.i.a. e a cura del privato, senza cioè alcuna responsabilità, se non di controllo, per l'amministrazione ricevente. In quest'ultimo caso, l'utilità pratica sarebbe stata di differire la presentazione della s.c.i.a. in un secondo momento e, in particolare, al tempo della completa definizione di tutte le pratiche attinenti ai provvedimenti autorizzatori che si innestano, come presupposti, sulla s.c.i.a.

Vero è che in alcune ipotesi di s.c.i.a. plurima l'atto di assenso potrebbe essere ottenuto attraverso il meccanismo del silenzio-assenso, cosicché il soggetto che utilizza la s.c.i.a. dovrebbe unicamente dimostrare l'avvenuta presentazione della segnalazione entro un termine che abbia di fatto consentito il formarsi del silenzio stesso.

È bene osservare che questa soluzione ha il suo lato positivo nel fatto che la stessa attività soggetta a s.c.i.a. (si pensi ancora a quella nel settore dell'edilizia) che talvolta resta subordinata solo alla sussistenza di requisiti di fatto, in altri casi (si pensi nuovamente all'autorizzazione paesaggistica) postula anche un titolo autorizzatorio.

Per altri aspetti, essa implicherebbe però una dipendenza forse illogica e comunque più onerosa per cittadini e imprese rispetto alla s.c.i.a., che è una segnalazione rivolta a un certo risultato (anche economico) rispetto ad un provvedimento (l'autorizzazione) che serve solamente a rimuovere un vincolo specifico per il conseguimento del risultato medesimo.

8. Efficienza per informazione

Ad arricchire il quadro della semplificazione disegnato dal legislatore della riforma vi è il nuovo art. 18-*bis* della l. n. 241/1990, introdotto dal d.lgs. n. 126/2016 in attuazione della l. n. 124/2015.

L'art. 18-*bis*, l. n. 241/1990 stabilisce che alla presentazione di istanze, segnalazioni o comunicazioni debba essere rilasciata immediatamente, anche per via telematica, una ricevuta da parte dell'amministrazione competente. La legge dispone che la ricevuta, attestante l'avvenuta presentazione, indichi i termini entro i quali la pubblica amministrazione sia tenuta a rispondere, o entro i quali il silenzio dell'ente pubblico equivalga ad accoglimento dell'istanza. Inoltre, la norma prevede che se la ricevuta contiene le informazioni di cui all'articolo 8 l. n. 241/1990 essa costituisce comunicazione di avvio del procedimento.

A ben vedere, la disposizione con cui si obbliga il responsabile del procedimento a rilasciare al privato-istante la ricevuta mira a dare certezza all'effettiva data di protocollazione della r.i.a., giacché rende esattamente individuabile la decorrenza del termine per lo svolgimento dell'istruttoria procedimentale da parte dell'amministrazione ricevente. Sicché, in chiave efficientistica, la norma non può che garantire maggiormente l'attore economico – cittadino o impresa – da “manomissioni temporali” degli uffici, che si tradurrebbero in dilazioni e temporeggiamenti illegittimi a scapito del rapido avvio e completamento della pratica.

Ciò, del resto, rientra nella logica efficientistica perseguita dal legislatore di riforma: rendere perfettamente contabilizzabile e misurabile il tempo della decisione amministrativa serve, come si è già visto nella prima parte di questo lavoro, a stimare con buona approssimazione il grado – basso, medio o alto – di affidamento da riporre in un dato settore del sistema amministrativo. Per questa via potrà ritenersi che quanto più efficiente sarà il sistema di riferimento, tanto maggiore sarà il grado di affidamento che l'attore economico potrà riporre su di esso.

Come ulteriore garanzia contro le patologie che potrebbero vanificare il “regime informativo” degli atti semplificati del privato, la norma contempla i casi nei quali tali atti siano inviati per errore ad un ufficio diverso da quello competente. Giocando d’anticipo su tale evenienza l’art. 18-*bis*, l. n. 241/1990 stabilisce che i termini di cui agli artt. 19, comma 3 e 20, comma 1, decorrono dall’effettivo inoltro dell’atto (istanza, segnalazione o comunicazione) all’ufficio competente.

Se ora si passa ad analizzare nel merito tali disposizioni, non occorre grande sforzo per comprendere come la norma che introduce l’*escamotage* della ricevuta resti in realtà lettera morta proprio dal punto di vista dell’efficienza, ove alla disposizione in parola non si affianchi alcun obbligo risarcitorio per l’amministrazione inadempiente.

Ancora più critico risulta lo scenario allorché nessuna ricevuta viene rilasciata dall’amministrazione al privato interessato. Qui, infatti, a venir meno è la stessa certezza sul “quando” può dirsi o meno avviato il procedimento. E aumentando le incertezze, in economia aumentano i costi.

Un esempio può chiarire meglio l’idea.

Ipotizziamo che l’impresa X voglia investire nel settore amministrativo Y, perché quest’ultimo è dotato di una norma Z (nel caso in questione il nuovo art. 18-*bis* della legge sul procedimento amministrativo) che assicura, tramite l’emissione di una ricevuta attestante l’avvio del procedimento, di programmare con certezza l’investimento. Se all’istanza dell’impresa X segue la protocollazione e la contestuale emissione della ricevuta dell’ufficio che opera nel settore amministrativo Y, *nulla quaestio*: la norma – può dirsi – ha effettivamente garantito la certezza nell’avvio della procedura da parte dell’ufficio amministrativo ed ha reso efficiente il sistema. Laddove, invece, all’istanza di X non segue o segue in ritardo l’emissione della ricevuta da parte di Y, può dirsi invece il contrario. La norma non solo non ha reso efficiente il sistema Y, dal momento che lo ha rallentato ulteriormente, anziché velocizzarlo, ma ha anche causato un danno all’impresa X, dal momento che le disposizioni dell’art. 18-*bis* l. n. 241/1990 non prevedono alcun obbligo giuridico di tipo risarcitorio per l’inerzia dell’amministrazione che non rilascia la ricevuta o la rilascia in ritardo.

Prima dell’approvazione del testo definitivo della norma, il legislatore, come peraltro auspicato anche dal Consiglio di Stato in sede di parere sullo schema di decreto¹⁵⁴, ha tentato di porre rimedio a tali problematiche, aggiungendo un ultimo periodo all’art. 18-*bis*, comma 1, l. n. 241/1990 in base al quale ora si prevede che le «istanze, segnalazioni o comunicazioni producono effetti anche in caso di mancato rilascio della ricevuta, ferma restando la responsabilità del soggetto competente».

La norma, pur nell’ottica di completare quanto rimasto incompiuto nella prima parte, non convince.

¹⁵⁴ Cfr. Cons. Stato, comm. spec., parere 30 marzo 2016, n. 839, punto 10.3.

Anzitutto perché, come si può notare dalla lettura dell'inciso, il legislatore svuota completamente di significato la prima parte della norma, in cui, come detto, si subordinava l'efficienza del sistema informativo semplificato all'automatismo istanza-ricevuta¹⁵⁵.

Andando più a fondo nella critica non si riesce a cogliere il motivo per il quale, una volta che si è deciso di basare il sistema informativo delle segnalazioni, delle comunicazioni e delle istanze del privato sul meccanismo di rilascio della ricevuta, poi si sconfessa l'intero impianto con una disposizione che lo rende quanto mai superfluo.

Si noti che la norma di cui all'art. 18-*bis*, l. n. 241/1990 ha l'importante funzione di attestare l'avvenuta presentazione degli atti informativi del privato e, soprattutto, di indicare i termini entro i quali l'amministrazione «è tenuta [...] a rispondere o entro i quali il silenzio [...] equivale a accoglimento dell'istanza». Non solo, ma a tutela dell'effettività temporale e procedurale degli atti informativi dei privati viene ulteriormente specificato che «La data di protocollazione dell'istanza, segnalazione o comunicazione non può comunque essere diversa da quella di effettiva presentazione».

Come dire, se vi sono amministrazioni dinamiche, rapide ed efficienti la prima parte della norma torna operativa, se invece vi sono amministrazioni statiche, lente ed inefficienti la prima parte diventa lettera morta ed entra in funzione la seconda.

Ma allora delle due l'una: o si punta su di un sistema in grado di semplificare realmente la procedura informativa in questione o, perlomeno, non si rende ancor più complicato il sistema.

In quest'ottica, peraltro, la responsabilità che la parte finale della norma prevede in capo all'amministrazione per tentare d'incentivare quest'ultima a non dilazionare, rallentare o, addirittura, paralizzare la procedura, potrebbe essere plasticamente rappresentata come una goccia nell'oceano.

Non bastava calibrare meglio la norma con la prima parte della disposizione senza svuotarla di contenuto?

¹⁵⁵ Ma ciò vale anche per l'automatismo segnalazione-ricevuta e per quello comunicazione-ricevuta, come previsto dallo stesso art. 18-*bis*.